DER KÜNDIGUNGSSCHUTZ DER BETRIEBSRATSMITGLIEDER

Gerhard Austermann

1970

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534910_0052

DER KÜNDIGUNGSSCHUTZ DER BETRIEBSRATSMITGLIEDER

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Gerhard Austermann

Bundesbahnoberrat aus Fulda

Marburg 1970

DISSERTATIONSDRUCK -SCHÖN- München 23, Belgradstraße 11

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am: 13. Juli 1970

Berichterstatter:	Professor Dr. Wolf
Mitberichterstatter:	Professor Dr. Dr. Schwarz

Tag der mündlichen Prüfung: 14. Juli 1970

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Literatur V

Abkürzungen XII

A. Einleitung 1

B. Die geschichtliche Entwicklung des Kündigungsschutzes der Betriebsratsmitglieder 1

C. Der Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder nach dem Kündigungsschutzgesetz vom 10. 8. 1951 9

1. Kapitel: Der persönliche Geltungsbereich der §§ 13, 14 KSchG 9

I. Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der §§ 13, 14 KSchG 9

II. Fallen auch Mitglieder einer Arbeitnehmervertretung nach § 20 Abs. 3 BetrVerfG unter §§ 13, 14 KSchG? 10

III. Sind Ersatzmitglieder gemäß §§ 13, 14 KSchG vor Kündigung geschützt? 13

2. Kapitel: Die Dauer des Kündigungsschutzes der Betriebsratsmitglieder 17

I. Beginn und Ende des Kündigungsschutzes 17

II. Der für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung maßgebende Zeitpunkt 19

3. Kapitel: Der Kündigungsschutz bei fehlerhafter Wahl 20

4. Kapitel: Die Gestaltung des Kündigungsschutzes 24

I. Das Verbot der ordentlichen Kündigung 24

1. Die Nichtigkeit der ordentlichen Kündigung 24

2. Kündigungsschutz und Pensionierung 30

3. Kündigungsschutz und Änderungskündigung 31

II. Ausnahmen vom Kündigungsschutz 36

1. Die allgemeine außerordentliche Kündigung 36

a) Können gewerbliche Arbeiter und Bergarbeiter aus jedem wichtigen Grund entlassen werden? 37

Seite

b) Ist die Betriebsratseigenschaft bei der Beurteilung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, zu berücksichtigen? 46

2. Sonderfälle der außerordentlichen Kündigung 52

a) Die Kündigung bei Betriebsstillegung 52

b) Die Kündigung bei Stillegung einer Betriebsabteilung 57

3. Die Behandlung der Betriebsratsmitglieder bei einem Wechsel des Betriebsinhabers 59

5. Kapitel: Die Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Kündigung 61

Anhang 71

LITERATUR

Auffarth-Müller	Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 1960
Bertermann	Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes, BlStR 1953, S. 285
Bohn	Zum Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder, BerguW 1954, Nr. 6, S. 15
Bovensiepen	Fristlose Kündigung von Betriebsratsmitgliedern aus jedem wichtigen Grunde? BB 1935, S. 711
Brobowski	Lehrbuch des Arbeitsrechts (o. J.)
Bührig	Handbuch der Betriebsverfassung, 1953
Bührig-Wittholz-Paulsen	Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 1952
Butz	Welche Arbeitnehmer müssen eine fristlose Kündigung innerhalb von 3 Wochen angreifen? BB 1954, S. 29
Dietz	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl., 1967
Dietz	Das neue Kündigungsschutzgesetz, NJW 1951, S. 941
Dietz	Kommentar zum Personalvertretungsgesetz, 1956
Enneccerus-Nipperdey	Lehrbuch des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1959
Erdmann	Das Betriebsverfassungsgesetz, erläutert für die Betriebspraxis, 2. Aufl., 1954
Erdmann-Müller	Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 2. Aufl., 1954
Ermann	Kommentar zum BGB, 4. Aufl., 1967
Engler	Kommentar zum Hessischen Betriebsrätegesetz, 1949
Fitting-Heyer	Kommentar zum Personalvertretungsgesetz, 1955
Fitting-Kraegeloh-Auffarth	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 8. Aufl., 1968

Flatow-Kahn-Freund	Kommentar zum Betriebsrätegesetz vom 4. 2. 1920, 13. Aufl., 1931
Frey	Die arbeitsrechtliche Stellung der Betriebsratsmitglieder, AuR 1956, S. 269
Frey	Die Zulässigkeit einer Änderungskündigung gegenüber Betriebsratsmitgliedern, Schwerbeschädigten und Müttern, Die Betriebsverfassung 1958, S. 151
Galperin	Wirkung und Wirksamkeit der Änderungskündigung, Betrieb 1958, S. 789 und 839
Galperin-Siebert	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl., 1963
van Gelder u. Böttner	Kündigung von Betriebsratsmitgliedern nach § 124a GewO? AuR 1969, S. 138
Gester	Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung von Belegschaft und Betriebsrat, 1958
Görner	Die Klagefrist für die Kündigungsschutzklage nach außerordentlicher Kündigung, Betrieb 1954, S. 348
Grabendorff-Windscheid	Kommentar zum Personalvertretungsgesetz, 2. Aufl., 1960
Gramm	Rechtsnatur und Haftung des Betriebsrates, in: AR-Blattei
Gross	Der Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder im Lichte der neuesten Rechtsprechung, AuR 1953, S. 364
Güntner	Ist die Verschärfung des außerordentlichen Kündigungsrechts bei Betriebsratsmitgliedern und Schwerbeschädigten zulässig? AuR 1953, S. 264
Güntner	Der Anwendungsbereich der Dreiwochenfrist des Kündigungsschutzgesetzes, RdA 1954, S. 131

Güntner	Rechtsnatur und Probleme des Kündigungsschutzes der Betriebsratsmitglieder, NJW 1955, S. 569
Güntner	Prozessuale Probleme des Kündigungsschutzes, in: AR-Blattei
Heimeier	Der Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder, Betrieb 1951, S. 918
Herschel	Klagefrist bei außerordentlicher Kündigung, BB 1953, S. 60
Herschel-Steinmann	Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 5. Aufl., 1961
Hessel	Die Zulässigkeit einer Änderungskündigung gegenüber Betriebsratsmitgliedern, Die Betriebsverfassung 1958, S. 228
Huber	Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, 2. Aufl., 1954
Hueck	Deutsches Arbeitsrecht. Ein Grundriß, 2. Aufl., 1944
Hueck	Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 6. Aufl., 1968
Hueck	Die Entlassung von Betriebsratsmitgliedern, BB 1952, S. 467
Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 7. Aufl., 1963, Bd. II, 6. Aufl., 1957
Hueck-Nipperdey-Dietz	Kommentar zum Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 2. Aufl., 1937
Hunn	Der Anwendungsbereich der Dreiwochenklagefrist des Kündigungsschutzgesetzes, AuR 1954, S. 262
Hunn	Nochmals: Der Anwendungsbereich der Dreiwochen-Klagefrist des Kündigungsschutzgesetzes, RdA 1954, S. 386
Jacobi	Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927

Jacobi	Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, 1926
Kaskel-Dersch	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 4. Aufl., 1932
Kauffmann	Die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses, Betrieb 1953, Beilage Nr. 15/53
Kauffmann	Zum Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Die Betriebsverfassung 1959, S. 25
Koch	Kündigung von Betriebsratsmitgliedern, BlStR 1950, S. 139
Küchenhoff	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 1954
Küchenhoff	Fristkündigung von Betriebsratsmitgliedern? RdA 1955, S. 256
Landmann-Rohmer	Kommentar zur Gewerbeordnung, Bd. II, 11. Aufl., 1956
Larenz	Lehrbuch des Schuldrecht, 8. Aufl., 1967
Linke	Grenzen des Kündigungsschutzes der Betriebsratsmitglieder, BB 1955, S. 385
Mansfeld	Kommentar zum Betriebsrätegesetz vom 4. 2. 1920, 3. Aufl., 1930
Mansfeld-Pohl	Kommentar zum Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 1934
Maus	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, im Handbuch des Arbeitsrechts
Maus	Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, im Handbuch des Arbeitsrechts
Mayr	Kündigungsschutzgesetz mit Erläuterungen, 1951
Meissinger	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 1952
Mertz	Stillegung und Einschränkung des Betriebes, in: AR-Blattei
Molitor	Die Kündigung, 2. Aufl., 1951

Monau-Heimeier	Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 1951
Müller, Gerhard	Der Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder in der Rechtsprechung, RdA 1948, S. 50
Neumann-Duesberg	Betriebsstreitigkeiten, SJZ 1949, S. 234
Neumann-Duesberg	Lehrbuch des Betriebsverfassungsrechts, 1960
Neumann-Duesberg	Auswirkungen des Betriebsratsamtes auf die gegen Betriebsratsmitglieder möglichen Individualrechtsmaßnahmen des Arbeitgebers, RdA 1962, S. 289
Nikisch	Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 3. Aufl., 1961
Nikisch	Die sogenannte Änderungskündigung, in: Festschrift für Sitzler, 1956
Nikisch	Zweifelsfragen aus dem Kündigungsschutzrecht, Betrieb 1953, S. 671
Nikisch	Probleme des Kündigungsrechts, Betrieb 1956, S. 1109 u. 1333
Nipperdey	Grundsätzliches zum Kündigungsrecht gegen Betriebsratsmitglieder nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 22, BB 1950, S. 398
Oehmann	Begründungszwang oder Nachschieben von Kündigungsgründen, BB 1953, S. 627
Oehmann	Fristlose Kündigung von Betriebsratsmitgliedern aus jedem wichtigen Grund? BB 1953, S. 920
Oehmann	Zur Anwendung des § 124a GewO auf Betriebsratsmitglieder, AuR 1954, S. 171
Oehmann	Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder bei Betriebsverlegung, Betrieb 1958, S. 985

Oertmann	Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923
Potthoff	§ 124a GewO, NZfAR 1926, S. 520
Rohlfing	Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 1951
Rüstig	Sind Betriebsratsmitglieder unkündbar? Quelle 1954, S. 407
Sahner	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 1952
Schnorr von Carolsfeld	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1954
Schuldt	Der Vertragsbestandschutz der Betriebsratsmitglieder, AuR 1955, S. 111
Schuldt	Die Ersatzmitglieder im Betriebsrat, AuR 1960, S. 227
Sinzheimer	Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl., 1927
Staudinger	Kommentar zum BGB, Schuldverhältnisse (§§ 611-709 BGB), 11. Aufl., 1958
Stritzke	Das neue Kündigungsrecht, JW 1934, S. 597
Trieschmann	Zum Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder, BB 1954, S. 874
Trieschmann	Zur Frage des Anwendungsbereichs des § 11 Abs. 1 KSchG BArbBl 1954, S. 373
Trieschmann	Nochmals: Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder, RdA 1956, S. 288
Wallmeyer	Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund, 1962
Walter	Betriebsverfassungsgesetz und tarifliche Praxis, BB 1953, S. 89
Wolf, Ernst	Die Nachprüfbarkeit des wichtigen Grundes durch das Bundesarbeitsgericht, NJW 1961, S. 8

Wolf, Ernst — Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb,
in: Festschrift für Hippel, 1967

ABKÜRZUNGEN

ABG	Allgemeines Berggesetz für die preussischen Staaten vom 24. Juni 1865
a. F.	alte Fassung
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. 1. 1934
AOGÖ	Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben vom 23. 3. 1934
AP	Arbeitsrechtliche Praxis - Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und der Arbeitsgerichte
ArbGeb.	Der Arbeitgeber - Zeitschrift
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei, hrsg. im Forkel-Verlag, Stuttgart
ARS	Arbeitsrechtssammlung - Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte (Bensheimer Sammlung)
ARSt.	Arbeitsrecht in Stichworten - Arbeitsrechtliche Entscheidungen
AuR	Arbeit und Recht - Zeitschrift
BArbBl.	Bundesarbeitsblatt
BAG	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Der Betriebsberater - Zeitschrift
Betrieb	Der Betrieb - Zeitschrift
BergbuWi.	Bergbau und Wirtschaft - Zeitschrift
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BlStR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht - Zeitschrift
BRG	Betriebsrätegesetz vom 4. 2. 1920
BetrVerfG	Betriebsverfassungsgesetz vom 11. 10. 1952
GewO	Gewerbeordnung
JW	Juristische Wochenschrift

KSchG	Kündigungsschutzgesetz vom 10. 8. 1951
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NZfA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
PersVG	Personalvertretungsgesetz vom 5. 8. 1955
RAG	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts
RdA	Recht der Arbeit - Zeitschrift
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
LAO	Vorläufige Landarbeiterordnung vom 24. 1. 1919
WA	Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung - Zeitschrift

A. EINLEITUNG

Die Mitglieder der Betriebsräte können nur dann den Anforderungen, die ihr Amt an sie stellt, wirklich gerecht werden, wenn ihre Unabhängigkeit gegenüber dem Arbeitgeber gesichert ist, zu dem sie bei der Ausübung ihres sowohl für die Belegschaft als auch für den Betrieb selbst wichtigen Amtes leicht in einen Gegensatz geraten können. Frei von Furcht vor einer Entlassung als Gegenmaßnahme des Arbeitgebers sollen sie ihrer Tätigkeit nachgehen und die notwendigen Entscheidungen treffen können. Außerdem ist eine möglichst weitgehende Kontinuität in der personellen Besetzung des Betriebsrates erforderlich, da ein häufiger Wechsel der Mitglieder die Betriebsratstätigkeit stören würde. Auf der anderen Seite soll das Betriebsratsamt seinen Charakter als Ehrenamt nicht verlieren. Die Mitglieder des Betriebsrates sollen um ihres Amtes willen zwar nicht benachteiligt, aber auch nicht bevorzugt werden. Zweck des besonderen Kündigungsschutzes der Betriebsratsmitglieder ist es, diese Voraussetzungen für die Betriebsratstätigkeit zu schaffen.

B. DIE GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG DES KÜNDIGUNGSSCHUTZES DER BETRIEBSRATSMITGLIEDER

Mit der in Deutschland im 19. Jahrhundert einsetzenden Industrialisierung entstand das Verlangen nach Arbeitnehmervertretungen in den Betrieben [1]. Im Jahre 1848 arbeitete die Deutsche Nationalversammlung in der Frankfurter Paulskirche in ihrem volkswirtschaftlichen Ausschuß einen Entwurf einer Gewerbeordnung aus, in der die Errichtung von Fabrikausschüssen vorgesehen war. Dieser Entwurf ist aber nicht Gesetz geworden. Die erste gesetzliche Regelung einer Arbeitnehmervertretung stellt das Arbeiterschutzgesetz vom 1. Juni 1891 dar. Dieses Gesetz fügte in die Gewerbeordnung den § 134 h ein, der vorsah, daß die Belegschaft Arbeiterausschüsse errichten könne, sofern der Arbeitgeber seine Zustimmung dazu erteile. Diese Arbeiterausschüsse hatten das Recht, vor dem Erlaß einer Arbeitsordnung gehört zu werden. Einen Kündigungsschutz genossen die Mitglieder dieser Ausschüsse nicht. Die preußische Novelle vom 14. Juli 1905

1) Vergl. hierzu u. zu folgendem Hueck-Nipperdey, Bd. II, S. 673 ff.; Schnorr von Carolsfeld, S. 409 ff.; Gester, S. 10 ff.; Huber, Bd. II, S. 448 ff.

zum Allgemeinen Berggesetz von 1865 schrieb die Errichtung von Arbeiterausschüssen in Bergwerken mit mehr als 100 Arbeitern zwingend vor. Diese Ausschüsse waren auf eine lediglich beratende Funktion beschränkt.

Die erste zwingende reichsrechtliche Einführung von Arbeitnehmerausschüssen findet sich im Gesetz über den vaterländischen Hilfsdienst vom 5. 12. 1916. Nach § 11 dieses Gesetzes mußten in allen gewerblichen Hilfsdienstbetrieben mit mindestens 50 Arbeitern oder Angestellten Arbeiter- und Angestelltenausschüssen gebildet werden. Diese Ausschüsse waren berechtigt, sogenannte Schlichtungsausschüsse anzurufen, die aus einem Beauftragten des Kriegsamtes und je drei Vertretern der Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestanden, wenn bei Streitigkeiten über Lohn- und Arbeitsbedingungen eine gütliche Einigung nicht zustandekam.

Eine erhebliche Fortentwicklung des Betriebsvertretungsrechts stellt die Verordnung vom 23. Dezember 1918 über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten dar. Nach dieser Verordnung mußten in allen Betrieben und Verwaltungen mit mindestens 50 Arbeitnehmern Arbeiter- und Angestelltenausschüsse gebildet werden. Diese Arbeiter- und Angestelltenausschüsse hatten neben sozialen und wirtschaftlichen Aufgaben auch das Recht, zusammen mit dem Arbeitgeber die Durchführung der Tarifverträge zu überwachen und zusammen mit den Gewerkschaften bei der Regelung der Lohn- und Arbeitsverhältnisse mitzuwirken. In der Folgezeit wurden die Rechte dieser Ausschüsse durch die Arbeitsbeschaffungs-Verordnungen der Demobilmachungszeit [1] und die Verordnungen über die Beschäftigung von Schwerbeschädigten [2] sowie die vorläufige Landarbeiterverordnung vom 24. 1. 1919 [3] erweitert. Aber einen besonderen Kündigungsschutz genossen die Mitglieder dieser Ausschüsse nicht.

Einen vorläufigen Abschluß fand die Entwicklung des Betriebsvertretungsrechts in dem auf Grund des Art. 165 Weimarer Reichsverfassung erlassenen Betriebsrätegesetz vom 4. 2. 1920 [4]. Nach diesem Gesetz mußten in allen Betrieben mit in der Regel mindestens 20 Arbeitnehmern ein Betriebsrat errichtet werden [5]. In Betrieben mit weniger als 20, aber mindestens 5 Arbeitnehmern, war ein Be-

---

1) VO v. 1. 1. 1919 (RGBl. I S. 8) in Verbindung mit VO v. 21. 7. 1919 (RGBl. I S. 666), VO v. 24. 1. 1919 (RGBl. I S. 100) in Verbindung mit VO v. 30. 5. 1919, VO v. 28. 3. 1919 (RGBl. I S. 355)

2) VO v. 9. 1. 1919 (RGBl. I S. 28)

3) RGBl. I S. 111

4) RGBl. I S. 147

5) § 1 BRG

triebsobmann zu wählen [1]. Diese Betriebsräte hatten ein Mitbestimmungsrecht beim Erlaß von Arbeitsordnungen und Dienstvorschriften; sie konnten mit dem Arbeitgeber Betriebsvereinbarungen über Arbeitsbedingungen und Einstellungsrichtlinien schließen [2]. Ferner sollten sie bei Streitigkeiten und Beschwerden vermitteln, auf die Bekämpfung der Unfall- und Gesundheitsgefahren im Betrieb achten und bei der Verwaltung von betrieblichen Wohlfahrtseinrichtungen mitwirken [3].

Das Betriebsrätegesetz von 1920 führte den Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder ein. Dieser Kündigungsschutz war in den §§ 96, 97 und 98 dieses Gesetzes geregelt. Nach diesen Bestimmungen konnten Betriebsratsmitglieder sowie die Mitglieder aller anderen Betriebsvertretungen, also auch die Ergänzungsmitglieder, die nur dem Gruppenrat angehörten [4], Betriebsobleute, Sondervertreter der vorübergehend Beschäftigten [5] und die Mitglieder der tariflichen Vertretungen [6] grundsätzlich nur mit Zustimmung der Betriebsvertretung entlassen werden. Versagte die Betriebsvertretung die erforderliche Zustimmung, so konnte diese gemäß § 57 BRG durch sogenannte Schlichtungsausschüsse ersetzt werden, die auf Grund der Verordnung des Rates der Volksbeauftragten über Tarifverträge und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten vom 23. 12. 1918 [7] gebildet worden waren. § 123 des Arbeitsgerichtsgesetzes vom 23. 12. 1928 [8] übertrug das Zustimmungsrecht auf die Arbeitsgerichte. Das Arbeitsgericht durfte die Zustimmung nicht erteilen, wenn es feststellte, daß der Arbeitgeber durch die Kündigung seine Verpflichtung gemäß § 95 BRG verletzte, nämlich die Betriebsvertretung nicht zu behindern und ihre Mitglieder nicht zu benachteiligen. Entließ der Arbeitgeber ein Mitglied einer Betriebsvertretung ohne die erforderliche Zustimmung des Betriebsrates und holte er diese auch später nicht nach, so war die Kündigung nichtig. Einer Kündigung stand die Versetzung in einen anderen Betrieb gleich, da auch dadurch das Betriebsratsamt erlosch; dagegen war eine Umsetzung innerhalb desselben Betriebes erlaubt, sofern diese nicht als ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot anzusehen war [9].

In einigen Ausnahmefällen, die in Abs. 2 des § 96 BRG aufgeführt waren, konnte

---

1) § 2 BRG
2) §§ 66 Ziff. 5, 78 Nr. 2, 3 u. 8 BRG
3) § 66 BRG
4) § 15 IV BRG
5) § 18 BRG
6) §§ 62, 98 BRG
7) § 96 Abs. I BRG
8) RGBl. I S. 507
9) § 95 BRG

der Arbeitgeber ohne Zustimmung des Betriebsrates das Betriebsratsmitglied entlassen, und zwar 1.) wenn die Entlassung auf einer gesetzlichen, tarifvertraglichen oder durch Beschluß des Arbeitsgerichts auferlegten Verpflichtung beruhte [1], 2.) bei einer Entlassung, die durch Stillegung des Betriebes erforderlich war [2] und 3.) wenn der Arbeitgeber nach dem Gesetz ohne Einhaltung einer Frist zur Kündigung berechtigt war [3].

Nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG) vom 20. 1. 1934 [4], durch das das Betriebsrätegesetz von 1920 aufgehoben wurde, traten sogenannte Vertrauensmänner an die Stelle der Betriebsratsmitglieder. Diese Vertrauensmänner genossen einen noch stärkeren Kündigungsschutz als die Betriebsratsmitglieder nach dem Betriebsrätegesetz. Eine ordentliche Kündigung eines Vertrauensmannes war gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 AOG grundsätzlich unzulässig. Auch mit Zustimmung des Vertrauensrates konnte er nicht entlassen werden. Zulässig war gemäß § 14 Abs. I S. 2 AOG eine Kündigung, wenn diese infolge Stillegung des Betriebes oder einer Betriebsabteilung erforderlich war, sowie wenn ein Grund vorlag, der den Arbeitgeber nach dem Gesetz zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigte. Eine Versetzung in einen anderen Betrieb war gemäß § 2 der 17. Durchführungsverordnung vom 5. 5. 1937 [5] nur mit Zustimmung des Reichstreuhänders möglich, wenn der Vertrauensmann nicht mit seiner Versetzung einverstanden war. Eine solche Zustimmung war auch dann erforderlich, wenn die Versetzung nach den im Arbeitsvertrag getroffenen Vereinbarungen im Belieben des Unternehmers stand [6]. Etwas schwächer war der Kündigungsschutz der Vertrauensmänner ausgestaltet, die in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben beschäftigt waren. Dieser war im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben vom 23. März 1934 (AOGÖ) [7] geregelt. Gemäß § 2 AOGÖ war ihre Kündigung nur mit Zustimmung des sogenannten Sondertreuhänders möglich. Eine solche Zustimmung war nicht erforderlich, wenn ein Grund vorlag, der nach dem Gesetz zur fristlosen Entlassung berechtigte.

Nachdem im Jahre 1945 die nationalsozialistische Diktatur beseitigt worden war, wurde wieder an die im Jahre 1933 unterbrochene Entwicklung angeknüpft. Durch das Kontrollratsgesetz Nr. 40 vom 30. 11. 1946 [8] wurde das Gesetz zur Ordnung

---

1) § 96 Abs. I Ziff. 1 BRG
2) § 96 Abs. I Ziff. 2 BRG
3) § 96 Abs. I Ziff. 3 BRG
4) RGBl. I S. 45 ff.
5) RGBl. I S. 581 ff.
6) Hueck, Grundriß d. Arbeitsrechtes, S. 191
7) RGBl. 1934, I, S. 220 ff.
8) Amtsblatt Kontrollrat 1947, 229 ff.

der nationalen Arbeit formell aufgehoben. Am 10. April 1946 erließen die Besatzungsmächte das Kontrollratsgesetz Nr. 22, das die Arbeitnehmervertretung durch Betriebsräte wieder einführte, sich aber im übrigen nur mit der Regelung von Grundfragen begnügte. In diesem Gesetz fand sich keine ausdrückliche Regelung des Kündigungsschutzes der Betriebsratsmitglieder. Das Gesetz bestimmte lediglich in Art. IX, daß der Arbeitgeber die Errichtung von Betriebsräten nicht verhindern, ihre Tätigkeit nicht stören und ihre Mitglieder nicht benachteiligen durfte. In welchem Umfang aus dieser Bestimmung ein Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder abgeleitet werden konnte, war zweifelhaft und umstritten. Teilweise wurde unter Hinweis auf die Wichtigkeit der Kontinuität des Betriebsratsamtes angenommen, daß ein Betriebsratsmitglied überhaupt nicht entlassen werden konnte [1]. Eine Kündigung wurde als rechtsunwirksam angesehen. Lag ein wichtiger Grund zur fristlosen Entlassung vor, so sollte eine Kündigung nur zulässig sein, wenn vor der Kündigung der Betriebsrat angehört worden war. Nach einer anderen Meinung [2] war eine Kündigung mit Zustimmung des Betriebsrates zulässig. Eine solche Zustimmung war jedoch dann nicht notwendig, wenn ein Grund zur fristlosen Entlassung vorlag. Andere Gerichte erklärten, die Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes sei grundsätzlich zulässig; nur wenn der Arbeitgeber mit der Kündigung das Betriebsratsmitglied benachteiligen wollte, sei diese nichtig [3]. Aus Art. IX KRG Nr. 22 ergebe sich kein absoluter Kündigungsschutz, sondern nur ein relativer Kündigungsschutz, d. h. nur eine Kündigung, die wegen der Betriebsratseigenschaft erfolge, sei nichtig. Im Anschluß an das Kontrollratsgesetz Nr. 22 regelten alle westdeutschen Länder, außer Hamburg, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen den Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder durch Ländergesetze. Die Kündigungsschutz-Bestimmungen für Betriebsratsmitglieder befanden sich für Bayern im Kündigungsschutzgesetz für das Land Bayern vom 1. August 1947 [4], für Hessen im Hessischen Betriebsrätegesetz vom 31. Mai 1948 [5], für Württemberg-Baden im Württemberg-Badischen Kündigungsschutzgesetz vom 18. 8. 1948 [6], für Württemberg-Hohenzollern im Württemberg-Hohenzollernschen Betriebsrätegesetz vom 21. 5. 1949 [7], für Baden im Badischen Betriebsrätegesetz vom 24. Sept. 1948 [8], für Bremen im Bre-

---

1) LAG Frankfurt, ARSt. I, Ziff. 46
2) LAG Kiel, Betrieb 1949, 156
3) LAG Hamm, Betrieb 1950, 616; ebenso auch Brobowski, Lehrbuch, S. 233
4) GVBl. 1947, S. 165
5) GVBl. 1948, 117
6) RegBl. 1948, 134
7) RegBl. 1949, 153
8) GVBl. 1948, 209

mischen Betriebsrätegesetz vom 10. 1. 1949 [1], für Schleswig-Holstein im Schleswig-Holsteinischen Betriebsrätegesetz vom 3. 5. 1950 [2] und für Rheinland-Pfalz in der Rheinland-Pfälzischen Verordnung über die Errichtung und Tätigkeit von Betriebsräten vom 15. 5. 1947 [3].

Bei der Gestaltung des Kündigungsschutzes für Betriebsratsmitglieder knüpften die Länder Bayern, Hessen, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern an die Regelung des Kündigungsschutzes für Betriebsratsmitglieder in dem Betriebsrätegesetz von 1920 an, die Länder Baden, Bremen, Schleswig-Holstein und Rheinland-Pfalz an die Regelung des Kündigungsschutzes für die Mitglieder des sogenannten Vertrauensrates nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit.

Während nach den Gesetzen von Bayern, Hessen, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern den Betriebsratsmitgliedern ordentlich gekündigt werden konnte, sofern der Betriebsrat seine Zustimmung erteilte [4], war eine ordentliche Kündigung der Arbeitsverhältnisse der Betriebsratsmitglieder nach den Gesetzen von Baden, Bremen, Schleswig-Holstein und Rheinland-Pfalz grundsätzlich unzulässig [5]. Nach allen Ländergesetzen konnte der Arbeitgeber die Arbeitsverhältnisse der Betriebsratsmitglieder kündigen und zwar auch in Bayern, Hessen, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern ohne Zustimmung des Betriebsrates, wenn ein Grund zur fristlosen Entlassung vorlag [6] oder wenn die Entlassung wegen Betriebseinstellung erforderlich war [7].

Die nach den Gesetzen der Länder Bayern, Hessen, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern zur ordentlichen Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes erforderliche Zustimmung des Betriebsrates konnte der Arbeitgeber vor oder nach dem Ausspruch der Kündigung einholen; nur nach dem Württemberg-

---

1) GBl. 1949, 37

2) GVBl. 1950, 169

3) VOBl. 1947, 258

4) Art. 15 I Bayer. KSchG; § 29, Abs. I Hess. BRG; § 13 Abs. I Württ.-Bad. KSchG; § 96 Württ.-Hohenz. BRG.

5) § 33 Abs. 2 Bad. BRG; § 28 Abs. 2 Brem. BRG; § 35 Abs. 2 Schlesw.-Holst. BRG; § 59 Abs. 1 der Rheinl.-Pfälz. Verordnung

6) Art. 15, Abs. II b Bayer. KSchG; § 29, Abs. I, S. 2 Hess. BRG; § 13, Abs. II Württ.-Bad. KSchG; § 96, Abs. II, Ziff. 3 Württ.-Hohenz. BRG; § 33 Abs. 2 Bad. BRG; § 28 Abs. 2 Brem. BRG; § 35 Abs. 2 Schlesw.-Holst. BRG; § 59 Rheinl.-Pfälz. VO

7) Art. 15, Abs. II a Bayer. KSchG; § 19 Württ.-Bad. KSchG; § 96 II, Ziff. Württ.-Hohenz. BRG; § 59 der Rheinl.-Pfälz. VO

Hohenzollernschen Betriebsrätegesetz [1] bedurfte die Kündigung der vorherigen Zustimmung des Betriebsrates. Bestand der Betriebsrat nur aus einer Person, dann trat nach den Gesetzen von Bayern [2], Württemberg-Baden [3] und Württemberg-Hohenzollern [4] an die Stelle der Zustimmung der Betriebsvertretung die Zustimmung der Mehrheit der wahlberechtigten Arbeitnehmer. Das Hessische Betriebsrätegesetz sah für diesen Fall keine ausdrückliche Regelung vor. Nach herrschender Meinung [5] war an Stelle des Betriebsrates die Betriebsversammlung für die Zustimmung zur Kündigung zuständig. Hatte der Betriebsrat seine Zustimmung zur Kündigung erteilt, dann konnte das entlassene Betriebsratsmitglied nach dem Württemberg-Badischen Kündigungsschutzgesetz [6] auf Widerruf der Kündigung mit der Begründung klagen, die Kündigung stelle eine unbillige Härte im Sinne des § 1 des Württemberg-Badischen Kündigungsschutzgesetzes dar. Erteilte der Betriebsrat die Zustimmung nicht, dann konnte der Arbeitgeber nach § 14 des Württemberg-Badischen KSchG und nach § 91 S. 1 des Württemberg-Hohenzollernschen BRG das Arbeitsgericht anrufen. Nach dem Württemberg-Badischen KSchG erging die Ersatzzustimmung auf Grund eines Beschlußverfahrens, in dem der Arbeitgeber, das entlassene Betriebsratsmitglied und der Betriebsrat Beteiligte waren. Dagegen mußte der Arbeitgeber nach dem Württemberg-Hohenzollernschen Betriebsrätegesetz auf Aufhebung des Arbeitsverhältnisses klagen. Das Württemberg-Badische Kündigungsschutzgesetz [7] bestimmte weiterhin, daß das Gericht, wenn es dem Klageantrag stattgab, den Arbeitgeber zur Zahlung einer Entschädigung verurteilen mußte, falls das Betriebsratsmitglied einen Antrag auf Abfindung stellte und ihm ein Ausscheiden aus dem Betrieb ohne Entschädigung nicht zuzumuten war. Das Bayerische Kündigungsschutzgesetz und das Hessische Betriebsrätegesetz enthielten keine Vorschriften, die die Erteilung einer Ersatzzustimmung durch das Arbeitsgericht ermöglichten.

Das Bayerische Kündigungsschutzgesetz, das Hessische Betriebsrätegesetz und das Württemberg-Hohenzollernsche Betriebsrätegesetz bestimmten ausdrücklich, daß eine Kündigung ohne Zustimmung des Betriebsrates nur zulässig sein sollte, wenn ein Grund vorlag, der den Arbeitgeber nach dem Gesetz zur fristlosen Entlassung berechtigte. Dagegen sprach das Württemberg-Badische Kündigungsschutzgesetz nur von Gründen, die zur fristlosen Entlassung berechtigten. Nach dem

---

1) § 96 Abs. I S. 1 Württ.-Hohenz. BRG
2) § 16 Bayer. KSchG
3) § 18 Württ.-Bad. KSchG
4) § 98 Württ.-Hohenz. BRG
5) Vergl. Engler, Komm. z. Hess. BRG, § 29 Anm. 1
6) § 17 Württ.-Bad. KSchG
7) § 15 Abs. 3

Württemberg-Badischen Kündigungsschutzgesetz konnte es daher zweifelhaft sein, ob auch ein durch Vertrag vereinbarter Grund zur fristlosen Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes ausreichte. Nach dem Württemberg-Hohenzollernschen Betriebsrätegesetz [1] mußte der Arbeitgeber auch bei einer außerordentlichen Kündigung den Betriebsrat unterrichten und mit ihm verhandeln.

Im Falle einer Betriebsstillegung bestimmten das Bayerische Kündigungsschutzgesetz und das Württemberg-Badische Kündigungsschutzgesetz ausdrücklich, daß eine Kündigung nur zulässig war, wenn der Betrieb vollständig stillgelegt wurde. Auch nach dem Schleswig-Holsteinischen Betriebsrätegesetz und dem Hessischen Betriebsrätegesetz konnten die Betriebsratsmitglieder bei einer Betriebsstillegung nur als letzte entlassen werden. Das Hessische Betriebsrätegesetz sah darüberhinaus vor, daß die Betriebsratsmitglieder bei einer Wiedereröffnung des Betriebes als erste wieder eingestellt werden mußten [2].

Nach dem Schleswig-Holsteinischen Betriebsrätegesetz [3] und der Rheinland-Pfälzischen Verordnung [4] erstreckte sich der besondere Kündigungsschutz auch auf die Kandidaten der Betriebsratswahl. Nach dem Bremischen Betriebsrätegesetz waren ehemalige Betriebsratsmitglieder auch noch während der Dauer eines Jahres nach ihrer Amtszeit in gleicher Weise wie die amtierenden Betriebsratsmitglieder geschützt [5].

Das Kündigungsschutzgesetz vom 10. 8. 1951 [6] stellte die Rechtseinheit auf dem Gebiet des Kündigungsschutzes im Bundesgebiet wieder her. Es regelt im zweiten Abschnitt, in den §§ 13 und 14 KSchG, die Frage abschließend, wann ein Betriebsratsmitglied entlassen werden kann. Rechtssystematisch gehören die Vorschriften über den Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder in das Betriebsverfassungsgesetz und nicht in das Kündigungsschutzgesetz. Durch sie soll dem Betriebsratsmitglied der Arbeitsplatz gesichert werden, weil das Betriebsratsmitglied nur so lange dem Betriebsrat angehören kann, als es Arbeitnehmer des Betriebes ist. Der Schutz des Betriebsratsamtes ist Bestandteil unserer Arbeits- und Betriebsverfassung. Die Kündigungsschutzvorschriften stellen eine Sonderbestimmung zu dem Verbot der Benachteiligung oder Begünstigung der Betriebsratsmitglieder um ihrer Tätigkeit willen dar, das in § 53 Abs. 2 Betr. Verf. G. normiert ist [7]. Die Bestimmungen über den Kündigungsschutz der Be-

---

1) § 96 Abs. II Ziff. 3, 2. Halbsatz
2) § 29 Abs. 2 Hess. BRG
3) § 35 Abs. 3 Schlesw.-Holst. BRG
4) § 60 der Rheinl.-Pfälz. VO
5) § 28 Abs. 6 Brem. BRG
6) BGBl. I, S. 499 ff.
7) Auffarth-Müller, KSchG., § 13 Anm. 1; BAG 6, 121

triebsratsmitglieder waren sowohl in dem Entwurf des Kündigungsschutzgesetzes als auch in dem des Betriebsverfassungsgesetzes enthalten. Nach der Begründung zum Regierungsentwurf sprachen überwiegende Gründe für die Aufnahme in das Betriebsverfassungsgesetz. Da die Verabschiedung des Betriebsverfassungsgesetzes seinerzeit noch nicht abzusehen war, entschloß sich der Bundestag, die Vorschriften im Kündigungsschutzgesetz zu lassen [1].

C. DER KÜNDIGUNGSSCHUTZ DER BETRIEBSRATSMITGLIEDER NACH DEM KÜNDIGUNGSSCHUTZGESETZ VOM 10. 8. 1951

1. KAPITEL
Der persönliche Geltungsbereich der §§ 13, 14 KSchG

I. Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der §§ 13, 14 KSchG

Voraussetzung für den Kündigungsschutz gemäß § 13 KSchG ist die Zugehörigkeit zum Betriebsrat. Unerheblich ist es, ob der Betriebsrat aus mehreren Personen oder nur aus einer Person (Betriebsobmann) besteht. Die §§ 13, 14 KSchG gelten gemäß § 59 Abs. 1 Ziff. 1, § 47 Abs. 4 Ziff. 2 des Personalvertretungsgesetzes [2] auch für die in einem Arbeitsverhältnis mit dem Bund stehenden Mitgliedern der auf Grund des Personalvertretungsgesetzes gewählten Personalvertretungen und gemäß §§ 83, 95 Personalvertretungsgesetz für die in einem Arbeitsverhältnis mit den Ländern stehenden Mitgliedern der landesrechtlichen Personalvertretungen. Unter den Kündigungsschutz des § 13 KSchG fallen nicht die Wahlkandidaten [3] und die Mitglieder des Wahlvorstandes [4], da sie keine Betriebsratsmitglieder sind. Beabsichtigt der Arbeitgeber aber durch die Kündigung

---

1) Hueck, KSchG, § 13 Anm. 3
2) v. 5. 8. 1955 (BGBl. I S. 477 ff.)
3) Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 4a; Hueck, KSchG, § 13 Anm. 6
4) Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 4a; Schuldt, AuR, 1955, 112

von Mitgliedern des Wahlvorstandes oder Wahlkandidaten die Tätigkeit des Betriebsrates zu hindern, so ist eine solche Kündigung gemäß § 134 BGB nichtig, da nach § 19 Abs. 1 BetrVerfG die Wahl des Betriebsrates nicht behindert werden darf [1]. Auch die Mitglieder der Sondervertretungen der nicht ständig beschäftigten Arbeitnehmer [2] und der Jugendvertreter [3] unterliegen nicht dem Schutz des § 13 KSchG, da sie nicht zum Betriebsrat gehören [4]. Sie genießen nur einen relativen Kündigungsschutz gemäß § 54 BetrVerfG; eine ihnen gegenüber ausgesprochene Kündigung ist nichtig, wenn sie erklärt wurde, um sie in der Ausübung ihres Amtes zu hindern [5]. Mitglieder von Betriebsvertretungen, die in nicht betriebsratspflichtigen Betrieben freiwillig errichtet worden sind, unterliegen ebenfalls nicht dem Kündigungsschutz gemäß § 13 KSchG, da Betriebsratsmitglieder im Sinne der §§ 13, 14 KSchG nur die nach dem Betriebsverfassungsgesetz berufenen Arbeitnehmervertreter sind. Die Rechtsstellung der Mitglieder von Betriebsvertretungen in nicht betriebspflichtigen Betrieben bestimmt sich ausschließlich nach den vertraglichen Vereinbarungen [6].

II. Fallen auch Mitglieder einer Arbeitnehmervertretung nach § 20 III BetrVerfG unter §§ 13, 14 KSchG?

In Betrieben, in denen wegen ihrer Eigenart der Errichtung von Betriebsräten besondere Schwierigkeiten entgegenstehen, kann gemäß § 20 Abs. 3 BetrVerfG durch Tarifvertrag die Errichtung einer anderen Vertretung der Arbeitnehmer des Betriebes bestimmt werden. In Frage hierfür kommt vor allem das Baugewerbe, da in diesem Wirtschaftszweig infolge der starken Fluktuation der Arbeiter und der oft weit verstreut liegenden Baustellen sich Schwierigkeiten hinsichtlich der Zusammensetzung, der Amtszeit, der Geschäftsführung usw. des Betriebsrates ergeben würden, wenn keine tarifliche Sondervertretung bestünde. Die Voraussetzungen für eine tarifliche Sondervertretung auf Grund des § 20 Abs. 3 BetrVerfG liegen ferner vor bei forstwirtschaftlichen Betrieben, wenn die

---

1) Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 4a;
Heimeier, Betrieb, 1951, 918

2) § 20 Abs. 1 BetrVerfG

3) § 20 Abs. 2 BetrVerfG

4) Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 1; Hueck, KSchG, § 13 Anm. 4;
Dietz, BetrVerfG, § 20 Anm. 19; Galperin-Siebert, BetrVerfG, § 20 Anm. 16;
Fitting-Kraegeloh-Auffarth, BetrVerfG, § 20 Anm. 12

5) Dietz, BetrVerfG, § 20 Anm. 19;
Galperin-Siebert, BetrVerfG, § 20 Anm. 16

6) Hueck, KSchG, § 13 Anm. 4

Arbeitsstellen weit entfernt voneinander sind, bei artistischen Unternehmungen die häufig ihr Personal wechseln, sowie bei der Binnenschiffahrt [1]. Ob die Mitglieder einer solchen, auf Grund eines Tarifvertrages gebildeten Arbeitnehmervertretung den Kündigungsschutz gemäß § 13 KSchG genießen, ist umstritten.

Galperin-Siebert [2], Fitting-Kraegeloh-Auffarth [3] und Auffarth-Müller [4] vertreten die Ansicht, daß die persönliche Rechtstellung der Mitglieder der Arbeitnehmervertretungen nach § 20 Abs. 3 BetrVerfG sich ausschließlich nach dem Tarifvertrag richten müssen. Zwar hätten die Mitglieder alle Rechte und Pflichten die die Betriebsratsmitglieder haben; dagegen würden ihnen solche Rechte nicht zustehen, die in anderen Gesetzen ausdrücklich den Mitgliedern der Betriebsräte gewährt werden, also auch der Kündigungsschutz nach den §§ 13, 14 KSchG.

Dagegen sind andere Autoren [5] der Auffassung, auch die Mitglieder einer tariflichen Arbeitnehmervertretung gemäß § 20 Abs. 3 BetrVerfG seien durch § 13 KSchG vor Kündigungen geschützt, da eine solche tarifliche Sondervertretung gemäß § 20 Abs. 3 BetrVerfG sämtliche nach dem Betriebsverfassungsgesetz dem Betriebsrat übertragenen Rechte ausübe, also auch insbesondere die Mitbestimmungsrechte nach den §§ 49 ff. BetrVerfG. Ihre Stellung entspreche der eines auf Grund der gesetzlichen Vorschriften errichteten Betriebsrates. Nur aus Zweckmäßigkeitsgründen würden sie in anderer Weise gebildet. Als Begründung führen diese Autoren weiter an, die Eigenheit gewisser Betriebe, die einer Errichtung eines Betriebsrates besondere Schwierigkeiten bereite und daher den Gesetzgeber veranlaßt habe, den Tarifpartnern die Möglichkeit zu geben, die Errichtung einer anderen Arbeitnehmervertretung zu vereinbaren, die den konkreten Bedingungen von Betrieben dieser Art entgegenkomme, erfordere nicht, die Mitglieder einer solchen Betriebsvertretung hinsichtlich des Kündigungsschutzes anders zu behandeln.

Bevor zu der Frage Stellung genommen wird, ob die Mitglieder einer Arbeitnehmervertretung gemäß § 20 Abs. 3 BetrVerfG den Kündigungsschutz gemäß § 13 KSchG genießen, soll zunächst am Beispiel des Tarifvertrages über die Betriebsverfassung in den Betrieben des Baugewerbes im Bundesgebiet vom 30. 3. 1953 und

---

1) Fitting-Kraegeloh-Auffarth, a. a. O., Anm. 55
2) BetrVerfG, § 20 Anm. 39
3) BetrVerfG, § 20 Anm. 71
4) KSchG, § 13 Anm. 4
5) Nipperdey in Hueck-Nipperdey, 2. Bd., S. 758; Hueck, KSchG, § 13 Anm. 4; Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 1; Maus, KSchG, § 13 Anm. 6; Dietz, BetrVerfG, § 20 Anm. 46; Meissinger, BetrVerfG, § 20 Anm. 5; Bührig, BetrVerfG, § 20 Anm. 28

der mit diesen übereinstimmenden Tarifverträgen für das Baugewerbe in Berlin vom 8. 5. 1953 und über die Betriebsverfassung in den Betrieben des Baugewerbes im Saarland vom 1. 10. 1957 dargelegt werden, wie in der Praxis die auf Grund des § 20 Abs. 3 BetrVerfG gebildeten Arbeitnehmervertretungen aussehen. Diese Tarifverträge sehen eine Gliederung der Betriebsvertretung in Ständige Vertretung (§ 5 TV), Baustellendelegierte (§ 6 TV) und Baustellenvertretung (§ 7 TV) vor. Die Ständige Vertretung führt auch die Bezeichnung Betriebsrat. Der Ständigen Vertretung im Baugewerbe sind die Aufgaben des Betriebsrates gemäß dem Betriebsverfassungsgesetz übertragen, soweit diese Aufgaben nicht den Baustellendelegierten oder der Baustellenvertretung zustehen (§ 11 TV). Die Zahl ihrer Mitglieder bemißt sich nach der Zahl der in dem Betrieb in der Regel ständig beschäftigten Arbeitnehmer. Nach § 5 Abs. 8 des Tarifvertrages gelten für die Mitglieder der Ständigen Vertretung die Vorschriften der §§ 13 und 14 KSchG entsprechend.

Baustellendelegierte sind in Betrieben, in denen eine Ständige Vertretung besteht, auf den Baustellen dieser Betriebe zu wählen, auf denen kein Mitglied der Ständigen Vertretung tätig ist (§ 6 TV). Sie nehmen auf Baustellen die in § 13 Abs. 1 des Tarifvertrages aufgezählten Aufgaben der Ständigen Vertretung an deren Stelle wahr. Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Arbeitgeber und den Baustellendelegierten ist die Angelegenheit in den Fällen, in denen nach dem Betriebsverfassungsgesetz eine Einigung erforderlich ist, an die Ständige Vertretung zur Erledigung abzugeben (§ 13 Abs. 2 TV).

Baustellenvertretungen werden in Betrieben, in denen eine Ständige Vertretung gebildet ist, für Baustellen gewählt, die so weit von dem Betriebssitz entfernt sind, daß am Betriebssitz wohnenden Arbeitnehmern im Falle ihrer Entsendung auf diese Baustellen eine tägliche Rückkehr nicht möglich ist, sofern diese Baustellen länger als 4 Wochen bestehen (§ 7 TV). Die Baustellenvertretung nimmt für die Baustellen die Aufgabe des Betriebsrates nach dem Betriebsverfassungsgesetz mit Ausnahme der Mitwirkung in wirtschaftlichen Angelegenheiten wahr (§ 14 TV). Auch die Baustellenvertretung hat bei Meinungsverschiedenheiten mit dem Arbeitgeber die Angelegenheit an die Ständige Vertretung abzugeben, soweit nach dem Betriebsverfassungsgesetz eine Einigung erforderlich ist (§ 14 Abs. 2 TV).

Das Amt der Baustellendelegierten und das der Baustellenvertreter erlischt mit Beendigung der Baustelle, für die sie gewählt worden sind, sowie mit Beendigung der Beschäftigungsmöglichkeiten auf der Baustelle für die Berufsgruppe, der die Baustellendelegierten und die Baustellenvertreter angehören (§ 6 Abs. 7 und § 7 Abs. 6 TV). Wird die Arbeit auf der Baustelle aus Witterungsgründen unterbrochen oder kann die Arbeit der Berufsgruppe, der ein Baustellendelegier-

ter oder ein Baustellenvertreter angehört, aus dem gleichen Grund nicht fortgesetzt werden, so scheiden die Baustellendelegierten und die Baustellenvertreter als letzte ihrer Berufsgruppe aus. Bei einer Wiederaufnahme der Arbeit sind sie als erste ihrer Berufsgruppe wieder einzustellen. Ihr Amt lebt mit der Wiedereinstellung wieder auf (§ 6 Abs. 7 und § 7 Abs. 6 TV). Im übrigen sieht der Tarifvertrag für Baustellendelegierte und Baustellenvertreter keinen weiteren Kündigungsschutz vor. Die Tarifpartner haben also ein den §§ 13, 14 KSchG entsprechenden Kündigungsschutz für Baustellendelegierte und Baustellenvertreter im Tarifvertrag nicht vereinbart.

Aus der Art, in der die Tarifpartner die Sondervertretung für das Baugewerbe gestaltet haben, ergibt sich eindeutig, daß Baustellendelegierte und Baustellenvertreter nicht als Mitglieder eines nach dem Betriebsverfassungsgesetz berufenen Betriebsrates angesehen werden können. Denn in allen Fällen, in denen nach dem Betriebsverfassungsgesetz eine Einigung zwischem dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat erforderlich ist, diese jedoch nicht zwischen dem Arbeitgeber und dem Baustellendelegierten bzw. den Baustellenvertretern zustandekommt, muß die Angelegenheit an die Ständige Vertretung zur Erledigung abgegeben werden § 13 Abs. 2, § 14 Abs. 2 TV). Auch in den nach § 46 BetrVerfG vorgesehenen Gesamtbetriebsrat können nur Vertreter der Ständigen Vertretung entsandt werden (§ 10 TV).

Eine tarifliche Arbeitnehmervertretung ist also kein nach dem Betriebsverfassungsgesetz berufener Betriebsrat. Da die §§ 13, 14 KSchG jedoch den Kündigungsschutz nur für Betriebsratsmitglieder vorsehen, sind die §§ 13, 14 KSchG auf Mitglieder einer tariflichen Sondervertretung nicht anwendbar. Der Kündigungsschutz ihrer Mitglieder bestimmt sich vielmehr ausschließlich nach den tariflichen Abmachungen. Daneben werden sie aber noch durch das allgemeine Benachteiligungsverbot des § 53 Abs. 2 BetrVerfG geschützt.

III. Sind Ersatzmitglieder gemäß §§ 13, 14 KSchG vor Kündigung geschützt?

Zweifelhaft ist es, in welchem Umfang Ersatzmitglieder unter den Schutz des § 13 KSchG fallen. Nach allgemeiner Ansicht sind sie durch § 13 KSchG noch nicht geschützt, so lange sie ihr Amt noch nicht ausüben [1]. Denn das Ersatzmitglied ist nicht Mitglied des Betriebsrates; es übt das Betriebsratsamt erst aus,

---

1) Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 804; Hueck, KSchG, § 13 Anm. 8; Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 4; Maus, KSchG, § 13 Anm. 9; Galperin-Siebert, BetrVerfG, § 25 Anm. 9; Dietz, BetrVerfG, § 25 Anm. 12

wenn es das Amt eines ausgeschiedenen ordentlichen Betriebsratsmitgliedes übernommen hat. Scheidet ein ordentliches Betriebsratsmitglied aus dem Betrieb aus, so rückt gemäß § 25 BetrVerfG das Ersatzmitglied in dessen Rechtsstellung ein und genießt somit den Schutz des § 13 KSchG [1].

Fraglich ist aber, ob § 13 KSchG auf ein Ersatzmitglied auch dann anwendbar ist, wenn es nur zeitweilig für ein vorübergehend verhindertes ordentliches Betriebsratsmitglied vertretungsweise dessen Amt ausübt. Mansfeld [2], Flatow-Kahn-Freund [3], Rohlfing [4] und das Landesarbeitsgericht Stuttgart [5] wenden § 13 KSchG auf ein Ersatzmitglied nur an, wenn es endgültig in den Betriebsrat eingerückt ist; dagegen soll ihm der Kündigungsschutz des § 13 KSchG nicht zustehen, wenn es nur ein zeitweilig verhindertes ordentliches Betriebsratsmitglied vertritt; denn damit würde das Ersatzmitglied noch nicht Mitglied des Betriebsrates. Dagegen vertreten Hueck [6], Maus [7], Herschel-Steinmann [8], Bührig-Wittholz-Paulsen [9], Fitting-Kraegeloh-Auffarth [10], Dietz [11], Nikisch [12] und Schuldt [13] die Auffassung, daß auch Ersatzmitglieder, die nur vertretungsweise im Betriebsrat sind, unter die §§ 13, 14 KSchG fallen. Das Ersatzmitglied habe während der Vertretungszeit die Stellung und die Aufgaben eines ordentlichen Betriebsratsmitgliedes. Es entspreche auch dem Sinne des § 13 KSchG, das Ersatzmitglied während der Zeit der Stellvertretung vor Kündigungen zu schützen, da das Ersatzmitglied das Amt mit der gleichen Unabhängigkeit wie das ordentliche Betriebsratsmitglied ausüben müsse. Das Reichsarbeitsgericht [14] wollte den Ersatzmitgliedern nur teilweise den Kündigungsschutz der ordentlichen Betriebsratsmitglieder bei einer zeitweiligen Vertretung gewähren. Während es die Ansicht vertrat, daß eine Kündigung gegenüber einem ordentlichen Betriebsratsmitglied auch dann nichtig war, wenn die Kün-

---

1) Wie Anm. 1 auf S. 13
2) Mansfeld, BRG, § 96 Anm. 2a
3) Flatow-Kahn-Freund, BRG, § 96 Anm. V
4) Rohlfing, KSchG, § 13 Anm. II 3a
5) LAG Stuttgart in ARSt. I, Ziff. 641
6) KSchG, § 13 Anm. 8
7) KSchG, § 13 Anm. 9
8) KSchG, § 14 Anm. 4
9) KSchG, § 13 Anm. 5
10) BetrVerfG, § 25 Anm. 7
11) BetrVerfG, § 25 Anm. 12
12) Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 804 f
13) Schuldt, Arbeit und Recht, 1960, S. 227
14) RAG in ARS 12, 423

digungsfrist erst nach Ablauf der Amtsperiode auslief, hielt es eine Kündigung gegenüber einem Ersatzmitglied schon dann für wirksam, wenn die Kündigung erst in der Zeit nach Ende der Vertretung wirksam wurde. Zum gleichen Ergebnis kommen Galperin-Siebert [1]. Sie lehnen die Anwendung der §§ 13, 14 KSchG auf Ersatzmitglieder mit der Begründung ab, diese gehörten nicht zum Betriebsrat. Aus § 53 Abs. 1 BetrVerfG soll sich nach Gelperin-Siebert ergeben, daß eine während der Zeit der Stellvertretung ausgesprochene Kündigung, die nicht aus wichtigem Grunde oder wegen Stillegung des Betriebes erfolgt, nur dann wirksam sei, wenn das Ende der Kündigung in die Zeit nach der Beendigung der Stellvertretung falle. Eine früher wirksam werdende Kündigung sei als Störung der Tätigkeit des Betriebsrates anzusehen.

Ist das Ersatzmitglied selbst wieder verhindert, so soll es nach Ansicht von Dietz, Hueck, Nikisch und Maus auch während dieser Zeit vor Kündigungen geschützt sein. Das Reichsarbeitsgericht [2] gewährte den Ersatzmitgliedern nur dann den Kündigungsschutz, wenn die Vertretung von gewisser, nicht allzu kurzer Dauer war und die Zeit der eigenen Verhinderung verglichen mit der Vertretungsaufgabe als unerheblich angesehen werden konnte.

Bei der Entscheidung der Frage, ob Ersatzmitglieder den Kündigungsschutz gemäß §§ 13, 14 KSchG genießen, wenn sie ein zeitweilig verhindertes Betriebsratsmitglied vertreten, ist davon auszugehen, daß das Ersatzmitglied während der Zeit der Stellvertretung ein vollwertiges Mitglied des Betriebsrates mit allen Rechten und Pflichten eines Betriebsratsmitgliedes ist [3]. Daher sind auch die Bestimmungen der §§ 13, 14 KSchG auf sie anzuwenden. Eine Anwendung der §§ 13, 14 KSchG auf Ersatzmitglieder ist auch angemessen, da auch das Ersatzmitglied wie das ordentliche Betriebsratsmitglied frei von Furcht sein muß, vom Arbeitgeber entlassen zu werden, wenn es sich energisch für die Interessen der Belegschaft einsetzt. Verweigert man ihm einen besonderen Kündigungsschutz, so besteht die Gefahr, daß das Ersatzmitglied aus Angst vor einer Entlassung dem Arbeitgeber gegenüber gefügig ist. Auch kann die zeitweilige Verhinderung des ordentlichen Betriebsratsmitgliedes sehr lange dauern, während der das Ersatzmitglied dessen Funktionen wahrnehmen muß. Es könnte sich für den Betriebsrat ungünstig auswirken, wenn eines seiner Mitglieder längere Zeit hindurch nicht die notwendige persönliche Unabhängigkeit besitzen würde. Auch die Belegschaft hat ein Interesse daran, daß die Person ihres Vertrauens nicht durch eine Kündigung von der Betriebsratstätigkeit ausgeschlossen werden. Gegenüber dem

---

1) BetrVerfG, § 25 Anm. 5

2) RAG in ARS 15, 222

3) Dietz, BetrVerfG, § 25 Anm. 12; Hueck-Nipperdey, Bd. 2, S. 856, Anm. 1; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, BetrVerfG, § 25 Anm. 8

Erfordernis einer ordnungsgemäßen Ausübung des Betriebsratsamtes durch ein Ersatzmitglied müssen die Interessen des Arbeitgebers an seiner Kündigungsfreiheit zurückstehen.

Die von Galperin-Siebert vertretene Auffassung, wonach der Kündigungsschutz sich nur aus § 53 Abs. 1 BetrVerfG, nicht aber aus § 13 KSchG ergeben soll, weil Ersatzmitglieder nicht dem Betriebsrat angehören würden, ist nicht richtig. Während der Zeit der Stellvertretung ist das Ersatzmitglied Mitglied des Betriebsrates. Wenn man die Anwendung des § 13 KSchG mit der Begründung ablehnt, Ersatzmitglieder seien auch während ihrer Vertretungszeit nicht als Betriebsratsmitglieder anzusehen, dann kann man auch aus § 53 Abs. 1 BetrVerfG keinen Kündigungsschutz herleiten. Auch § 53 Abs. 1 BetrVerfG spricht nur vom Betriebsrat und den in § 20 BetrVerfG bezeichneten Vertretern, nicht aber von Ersatzmitgliedern.

Die Ansicht des Reichsarbeitsgerichts [1] und Galperin-Sieberts [2], die die ordentliche Kündigung eines Ersatzmitgliedes dann als zulässig erachten, wenn die Kündigungsfrist erst nach der Vertretungszeit ausläuft, kann nicht gebilligt werden. Diese Ansicht kann aus dem Gesetz nicht begründet werden und würde zu unhaltbaren Ergebnissen führen. Da die Vertretungszeit eines Ersatzmitgliedes unter Umständen ungewiß ist, wäre es zweifelhaft, ob eine gegenüber dem Ersatzmitglied ausgesprochene Kündigung gültig wäre oder nicht. Eine solche Unklarheit sollte man gerade bei einer Kündigung vermeiden. Ferner kann auch das Ersatzmitglied sich während seiner Vertretungszeit in seiner Tätigkeit beeinträchtigt fühlen.

Wenn das Ersatzmitglied während seiner Vertretungszeit selbst verhindert wird, behält es seinen Kündigungsschutz, weil es Mitglied des Betriebsrates bleibt. Dies ist auch zweckmäßig, weil sonst ein Arbeitgeber eine zeitweilige Verhinderung eines Ersatzmitgliedes dazu benutzen könnte, das Arbeitsverhältnis zu kündigen und dadurch das Ersatzmitglied von einer weiteren Vertretung auszuschließen, wenn es sich mißliebig gemacht hat. Verfehlt ist die Ansicht des Reichsarbeitsgerichts [3] und Galperin-Sieberts [4], daß die Zulässigkeit einer Kündigung davon abhängig sei, ob die Zeit der Verhinderung im Vergleich mit der Vertretungszeit als unerheblich angesehen werden kann, da auch diese Auffassung sich nicht aus dem Gesetz begründen läßt und zu einem unhaltbaren Ergebnis führen würde. Denn dadurch würden unklare Verhältnisse entstehen. Im

---

1) In ARS 12, 423
2) BetrVerfG, § 25 Anm. 5
3) RAG in ARS 15, 522
4) BetrVerfG, § 25 Anm. 5

Zeitpunkt der Verhinderung wird in vielen Fällen noch nicht erkennbar sein, wie lange die Verhinderung dauern wird. Daher ist das Ersatzmitglied, das ein ordentliches Betriebsratsmitglied vertritt, auch während seiner eigenen Verhinderung vor einer ordentlichen Kündigung geschützt.

Zusammenfassend ergibt sich also, daß die §§ 13, 14 KSchG auch auf Ersatzmitglieder, die ein ordentliches Betriebsratsmitglied vertreten, anzuwenden sind, und zwar auch dann, wenn sie selbst während ihrer Vertretungszeit verhindert sind, das Betriebsratsamt auszuüben.

2. KAPITEL
Die Dauer des Kündigungsschutzes der Betriebsratsmitglieder

I. Beginn und Ende des Kündigungsschutzes

Der Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder beginnt mit dem Beginn der Amtszeit. Denn vor dem Beginn der Amtszeit gehört der schon gewählte Arbeitnehmer noch nicht dem Betriebsrat an (§ 21 BetrVerfG); er ist also noch nicht Betriebsratsmitglied, worauf es nach § 13 KSchG allein ankommt. Ist bei der Durchführung zur Wahl zum neuen Betriebsrat noch der alte Betriebsrat im Amt, so beginnt das Amt und damit auch der Kündigungsschutz der neuen Betriebsratsmitglieder mit dem Tage nach Ablauf der Wahlperiode des bisherigen Betriebsrates (§ 21 BetrVerfG). Bis zu diesem Zeitpunkt ist eine ihnen gegenüber ausgesprochene Kündigung gemäß § 19 Abs. 1 BetrVerfG in Verbindung mit § 130 BGB unwirksam, wenn sie erfolgt, um sie zu hindern, das Betriebsratsamt anzunehmen [1]. Zufriedenstellend ist dies nicht. Denn es obliegt dem bereits in den Betriebsrat gewählten Arbeitnehmer, in einem Rechtsstreit nachzuweisen, daß der Arbeitgeber ihm gekündigt hat, weil er in den Betriebsrat gewählt worden ist. In dieser Hinsicht ist durch das Kündigungsschutzgesetz eine Verschlechterung gegenüber der früheren gesetzlichen Regelung in Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein eingetreten. In diesen beiden Ländern genossen bereits die Kandidaten zur Betriebsratswahl einen Kündigungsschutz [2]. Wenn es zwar auch als etwas zu weitgehend erscheint, schon Kandidaten zur Betriebsratswahl für unkündbar zu erklären, weil dadurch allzu sehr in die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers

---

1) Hueck, KSchG, § 13 Anm. 5; Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 3; Maus, KSchG, § 13 Anm. 16; Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 803

2) § 60 der Rheinl.-Pfälz. VO v. 15. 5. 1947; § 35 Abs. 3 Schlesw.-Holst. BRG

eingegriffen wird, so wäre es aber doch de lege ferenda angebracht, den gewählten Betriebsratsmitgliedern, auch so lange sie ihr Amt noch nicht angetreten haben, einen Kündigungsschutz zu gewähren. Zwar wird dadurch für die Dauer, in der der alte Betriebsrat noch im Amt ist, eine doppelt so große Anzahl als die durch § 9 BetrVerfG festgelegte Zahl der Betriebsratsmitglieder unkündbar. Aber diese Beschränkung der Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers sollte im Interesse der Betriebsratstätigkeit in Kauf genommen werden.

Wenn am Wahltag kein Betriebsrat im Amt ist, so ist streitig, ob die Amtstätigkeit des neuen Betriebsrates mit dem Tage der Wahl bzw. bei mehreren Wahltagen mit dem Beginn des letzten Wahltages [1] oder aber mit dem Tag nach der Wahl beginnt [2]. Nach Dietz [3] soll fur die Berechnung der Amtsperiode § 187 BGB maßgebend sein, der einen allgemeinen Grundsatz für Fristberechnung darstelle. Die Wahl sei das Ergebnis, das den Beginn der Frist im Sinne des § 187 Abs. 1 BGB auslöse. Gemäß § 187 BGB dürfe der Wahltag folglich nicht mitgerechnet werden. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden; denn § 187 BGB ist nur eine Auslegungsvorschrift, die nur dann Anwendung findet, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt hat [4]. Im § 21 BetrVerfG wird aber ausdrücklich bestimmt, daß das Amt des Betriebsrates mit der Wahl beginnt, sofern zu diesem Zeitpunkt kein Betriebsrat mehr im Amt ist. Im Hinblick auf den klaren Wortlaut des § 21 BetrVerfG erübrigt sich die Anwendung der Auslegungsregel des § 187 BGB. Für den Beginn des Kündigungsschutzgesetzes ist eine Konstituierung oder eine Bekanntgabe des Wahlergebnisses nicht erforderlich [5]. Der Kündigungsschutz endet, sobald das Betriebsratsmitglied nicht mehr dem Betriebsrat angehört: bei Ablauf der Amtsperiode, Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Verlust der Wählbarkeit, Auflösung oder Absetzung des gesamten Betriebsrates, Absetzung eines einzelnen Betriebsratsmitgliedes sowie Amtsniederlegung des gesamten Betriebsrates oder eines einzelnen Betriebsratsmitgliedes (§ 24 BetrVerfG).

---

1) So Galperin-Siebert, VetrVerfG, § 21 Anm. 3; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, BetrVerfG, § 21 Anm. 8a; Küchenhoff, BetrVerfG, § 21 Anm. 3; Maus, BetrVerfG, § 21 Anm. 4 und KSchG, § 13 Anm. 15; Erdmann, BetrVerfG, § 21; Meissinger, BetrVerfG, § 21 Anm. 2; Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 803; Schuldt, AuR 1955, 112

2) So Dietz, BetrVerfG, § 21 Anm. 4

3) a. a. O.

4) Erman-Böhle-Stamschräder, BGB, Anm. zu § 186

5) Hueck, KSchG, § 13 Anm. 5; Maus, KSchG, § 13 Anm. 17

II. Der für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung maßgebende Zeitpunkt

Hat ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer gekündigt und wird dieser nach Empfang der Kündigungserklärung, aber vor Ablauf der Kündigungsfrist in den Betriebsrat gewählt, so bleibt diese Kündigung rechtswirksam, da der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Kündigung noch nicht Mitglied des Betriebsrates war. Der gekündigte Arbeitnehmer scheidet daher mit Ablauf der Kündigungsfrist aus dem Betrieb und damit gemäß § 24 BetrVerfG auch aus dem Betriebsrat aus [1]. In der Praxis kommt es aber bisweilen vor, daß ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer kündigt unter Einhaltung einer Frist, die länger als die Mindestkündigungsfrist ist. Wird nun ein Arbeitnehmer, dem der Arbeitgeber vorzeitig gekündigt hat, noch vor dem letzten zulässigen Kündigungszeitpunkt in den Betriebsrat gewählt, so fragt sich, ob eine solche Kündigung unwirksam wird. Flatow-Kahn-Freund [2] und Flatow [3] vertreten die Ansicht, eine vorzeitige Kündigung sei in diesem Falle nichtig. Eine vorzeitige Kündigung sei zwar grundsätzlich zulässig, weil sie sich für den Arbeitnehmer günstiger auswirke. Diese soziale Wohltat gereiche aber im konkreten Falle dem Arbeitnehmer zum Nachteil. Daher sei eine vorzeitige Kündigung unwirksam, wenn der Arbeitnehmer noch vor dem letzten zulässigen Kündigungszeitpunkt in den Betriebsrat gewählt würde.

Dieser Auffassung ist jedoch nicht beizupflichten [4]. Da grundsätzlich eine vorzeitige Kündigung zulässig ist, kann man deren Unwirksamkeit im konkreten Falle nicht mit dem Hinweis begründen, daß sie in diesem Falle dem gekündigten Arbeitnehmer nicht zum Vorteil gereiche. Ob eine vorzeitige Kündigung wegen der späteren Zugehörigkeit zum Betriebsrat unwirksam ist, kann nicht nach § 13 KSchG, sondern nur danach beurteilt werden, ob zwischen der Kündigung und der bestehenden Betriebsratswahl ein Zusammenhang besteht. Kündigt ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer, um dessen Wahl in den Betriebsrat zu verhindern, dann ist eine solche Kündigung gemäß § 134 BGB nichtig, da sie gegen § 19 Abs. 1 BetrVerfG verstößt; andernfalls ist sie wirksam.

---

1) Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 3; Hueck, KSchG, § 13 Anm. 10; Rohlfing, KSchG, § 13 Anm. 7; Maus, KSchG, § 13 Anm. 26; Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 803; RAG in ARS 14, 38

2) BRG, § 96 Anm. V

3) Anm. z. RAG-Urteil in ARS 5, 333

4) Hueck, KSchG, § 13 Anm. 10; Maus, KSchG, § 13 Anm. 26; Rohlfing, KSchG, § 13 Anm. 7; Mansfeld, BRG, S. 482; Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, § 14 Anm. 21; RAG in ARS 5, 361; 6, 221 und 8, 401

3. KAPITEL
Der Kündigungsschutz bei fehlerhafter Wahl

Ist bei der Wahl des Betriebsrates gegen Formvorschriften verstoßen worden, so kann die Wahl nichtig oder gemäß § 18 BetrVerfG anfechtbar sein. Im Betriebsverfassungsgesetz ist zwar nicht von der Nichtigkeit einer Wahl die Rede, vielmehr müssen die Fehler im Wege einer Anfechtung geltend gemacht werden. Jedoch sind auch so schwere Mängel denkbar, daß die Wahl für nichtig angesehen werden muß. Eine Betriebsratswahl ist dann nichtig, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Bildung einer Betriebsvertretung nicht vorgelegen haben, eine Wahl nicht stattgefunden hat oder wenn gegen die allgemeinen Grundsätze jeder ordnungsmäßigen Wahl in so hohem Maße verstoßen worden ist, daß auch der Anschein einer Wahl nicht mehr vorliegt [1]. Eine Betriebsratswahl ist z. B. nichtig, wenn ein Betriebsrat in einem nicht selbständigen Betriebsteil [2] oder in einem nicht betriebsratspflichtigen Betrieb gewählt worden ist [3], wenn in einer Betriebsversammlung durch Akklamation der Betriebsrat bestellt wird [4] oder wenn die Wahl ohne Wahlvorstand vorgenommen worden ist [5].

Ist die Wahl als nichtig anzusehen, dann werden die nur scheinbar in den Betriebsrat gewählten Arbeitnehmer nicht durch § 13 KSchG geschützt, da sie in Wahrheit nicht einem Betriebsrat angehören. Ist die Wahl dagegen zwar fehlerhaft, kann jedoch dieser Mangel nur durch eine Anfechtung geltend gemacht werden, dann sind die Gewählten zunächst ordnungsmäßige Betriebsratsmitglieder und genießen daher den Kündigungsschutz gemäß § 13 KSchG.

Kündigt der Arbeitgeber einem Betriebsratsmitglied, dessen Wahl angefochten wird, so fragt sich, ob die vor der rechtskräftigen Entscheidung ausgesprochene Kündigung wirksam wird, wenn das Urteil die Wahl für fehlerhaft erklärt. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob das Urteil das Betriebratsamt und damit auch den Kündigungsschutz "ex tunc" oder "ex nunc" vernichtet. Diese Frage ist umstritten.

Während der Geltung des Betriebsrätegesetzes von 1920 wurde allgemein die An-

---

1) Hueck-Nipperdey, 2. Bd., S. 721; Galperin-Siebert, BetrVerfG, § 18 Anm. 25; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, BetrVerfG, § 18 Anm. 8; Dietz, BetrVerfG, § 18 Anm. 26

2) Hueck-Nipperdey a. a. O.

3) RAG 3, 104; Galperin-Siebert, BetrVerfG, § 18 Anm. 26

4) Galperin-Siebert, BetrVerfG, § 18 Anm. 25; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, BetrVerfG, § 18 Anm. 8

5) Fitting-Kraegeloh-Auffarth, BetrVerfG, § 18 Anm. 8

sicht vertreten, daß dem Urteil nur eine "ex nunc-Wirkung" zukomme [1]. Als Begründung wurde angeführt, der Betriebsrat sei dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Im öffentlichen Recht sei eine Rückwirkung bei einer Anfechtung der Wahl unbekannt. Würde die Wahl eines Trägers eines öffentlich-rechtlichen Mandates angefochten, so würde einer solchen Entscheidung, die dem Anfechtungsantrag stattgäbe, nur eine "ex nunc-Wirkung" zuzuschreiben sein, wie aus §4 der Geschäftsordnung des Deutschen Reichstages, § 5 Ziff. 4 des Preußischen Wahlgesetzes vom 3. 12. 1920, § 24 des Gesetzes über die Wahl zum Preußischen Staatsrat vom 16. 10. 1920, § 27 II der Wahlordnung für die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates der Angestelltenversicherung vom 17. 6. 1924 zu ersehen sei [2]. Ebenso behält auch ein Bundestagsmitglied, dessen Wahl angefochten wird, bis zur Rechtskraft der Entscheidung alle Rechte und Pflichten eines Bundestagsmitglieds [3]. Außerdem ergäbe sich dies aus § 43 BRG. Gemäß § 43 BRG blieben die Mitglieder des alten Betriebsrates so lange im Amt, bis ein neuer Betriebsrat gebildet worden war, falls eine Neuwahl des Gesamtbetriebsrates erforderlich war. Durch § 43 BRG sollte eine betriebsratslose Zeit vermieden werden. Daher sei der Anlaß, der zu einer Neuwahl nötige, ohne Bedeutung. Auch ein Betriebsrat, der fehlerhaft zustande gekommen sei und dessen Wahl angefochten würde, habe so lange die Rechte und Pflichten eines Betriebsrates, bis ein neuer Betriebsrat gewählt worden sei [4]. Verneine man die Rückwirkung der Entscheidung, wenn die Wahl des gesamten Betriebsrates angefochten würde, so müsse man dies auch bei der Anfechtung der Wahl eines einzelnen Betriebsratsmitgliedes tun. Auch das Betriebsratsmitglied, dessen Wahl angefochten würde, habe so lange die Rechte und Pflichten eines ordentlichen Mitgliedes, bis ein Ersatzmitglied an seine Stelle getreten sei [5].

Dagegen ist die Frage einer Rückwirkung der Anfechtung seit Inkrafttreten des Betriebsverfassungsgesetzes von 1952 umstritten. Maus [6] vertritt die Auffassung,

---

1) RAG in ARS 6, 405; Flatow-Kahn-Freund, BRG, Anm. 3 vor § 19 Wahlordnung; Flatow, Anm. zu RAG in ARS 6, 409; Mansfeld, BRG, § 19 Wahlordnung, Anm. 6; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, 3. - 5. Aufl., Bd. II, S. 579

2) Flatow-Kahn-Freund, BRG, Anm. 3 vor § 19 Wahlordnung; Flatow, Anm. zu RAG in ARS 6, 409; RAG in ARS 6, 407

3) § 16 Wahlprüfungsgesetz vom 12. 3. 1951 (BGBl. I S. 166)

4) RAG in ARS 6, 406; Mansfeld, BRG, Anm. 6 zu § 19 Wahlordnung; Hueck-Nipperdey, 3. - 5. Aufl., Lehrbuch, Bd. II, S. 580, Fußnote 48

5) Mansfeld, BRG, § 19 Wahlordnung, Anm. 6; Hueck-Nipperdey a. a. O.

6) Maus, BetrVerfG, § 18 Anm. 26; KSchG, § 13 Anm. 19

daß durch eine Anfechtung der Wahl das Betriebsratsamt rückwirkend fortfalle [1]. Die vom Betriebsrat vorgenommenen Handlungen seien rechtsunwirksam. Daher verliere das Betriebsratsmitglied auch rückwirkend seinen Kündigungsschutz gemäß § 13 KSchG. Er begründet seine Auffassung damit, daß das Betriebsverfassungsgesetz von 1952 im Gegensatz zum Betriebsrätegesetz von 1920 keine notwendige Kontinuität zweier aufeinander folgender Betriebsräte kenne. Die im Betriebsrätegesetz von 1920 bekannte Erscheinung des geschäftsführenden Betriebsrates fehle im Betriebsverfassungsgesetz von 1952. Nur in den Fällen des § 22, Abs. 1 a-c BetrVerfG sei sie gemäß § 22 Abs. 2 BetrVerfG vorgeschrieben. § 22 Abs. 2 BetrVerfG sei eine Ausnahmebestimmung, die nur die Fälle einer vorzeitigen Beendigung eines Betriebsratsamtes regele und auch die Tätigkeit des Betriebsrates auf die Führung der laufenden Geschäfte beschränke. Grundsätzlich ende das Betriebsratsamt mit Ablauf der Amtszeit gemaß § 24 BetrVerfG ohne Rücksicht darauf, ob schon ein neuer Betriebsrat gewählt worden sei. Das Betriebsverfassungsgesetz von 1952 habe dem Betriebsrat einen umfangreichen und bedeutenden Aufgabenkreis übertragen. Solche wichtigen Aufgaben und Rechte könne aber nur ein ordnungsgemäß gewählter Betriebsrat wahrnehmen. Man könne durch einen nicht ordnungsgemäß zustande gekommenen Betriebsrat auch nicht vorübergehend so weitreichende und entscheidende Rechte ausüben lassen. Auch § 24 BetrVerfG sei ein Argument für die Ansicht, daß eine Anfechtung der Wahl das Betriebsratsamt rückwirkend vernichte. Wird nach Ablauf der in § 18 BetrVerfG bezeichneten Frist festgestellt, daß das Betriebsratsmitglied nicht wählbar war, so erlösche gemäß § 24 BetrVerfG das Betriebsratsamt. Die Feststellung gemäß § 24 BetrVerfG habe keine rückwirkende Kraft. Das Erlöschen des Betriebsratsamtes mit "ex nunc"-Wirkung gemäß § 24 BetrVerfG sei eine Ausnahmebestimmung. Aus dieser Vorschrift sei zu ersehen, daß in den Fällen einer Anfechtung gemäß § 18 BetrVerfG das Amt mit "ex-tunc-Wirkung" vernichtet würde.

Aus dem Begriff "Anfechtung" können weder für eine Rückwirkung noch für deren Verneinung Argumente hergeleitet werden. Denn unsere Rechtsordnung kennt verschiedene Arten von Anfechtungen, die zwar alle auf die Beseitigung eines rechtlichen Zustandes gerichtet, in ihrer Rechtswirkung aber völlig verschieden sind [2], z. B. die Anfechtung einer Willenserklärung, die Anfechtung im Konkursverfahren und die Anfechtung von Verwaltungsakten und gerichtlichen Entscheidungen. Die Anfechtung einer Wahl läßt sich mit keiner dieser Anfechtungen gleichsetzen [3]. Durch sie wird die Möglichkeit gegeben, eine

1) Ebenso f. d. Pers.-Vertr. Recht: Fitting-Heyer, PersVG, Anm. 9 § 22; Grabendorff-Windscheid, PersVG, Anm. 8a zu § 22

2) Vergl. BVerwG in AP Nr. 1 zu § 27 PersVG

3) wie vor

Wahl hinsichtlich solcher Vorstöße gerichtlich nachprüfen zu lassen, die die Gültigkeit der Wahl zunächst, d. h. so lange die Anfechtung nicht durchgeführt worden ist, nicht beeinflussen. Die Überlegung, die den Gesetzgeber zu der Regelung veranlaßt hat, daß Mängel die Unwirksamkeit der Wahl nur dann zur Folge haben, wenn die Wahl angefochten wird, nämlich die Rechtssicherheit zu gewährleisten, hat auch bei der Frage, ob eine erfolgreiche Anfechtung Rückwirkung hat oder nicht, die gleiche Bedeutung. Arbeitgeber und Arbeitnehmer vertrauen auf die Gültigkeit der Betriebsratswahl, wenn nicht so schwere Fehler vorliegen, die die Nichtigkeit der Wahl zur Folge haben. Im Vertrauen auf die Gültigkeit der Betriebsratswahl schließen Arbeitgeber und Betriebsrat Betriebsvereinbarungen ab und wirkt der Betriebsrat bei Entscheidungen des Arbeitgebers mit. Es würde für Arbeitgeber und Arbeitnehmer unerfreulich sein, wenn die Tätigkeit des Betriebsrates bis zu einer erfolgreichen Durchführung der Anfechtung nachträglich unwirksam würde, zumal da bis zur Rechtskraft einer Entscheidung bei Ausschöpfung des Instanzenzuges Jahre vergehen können.

Im Hinblick auf den "Grundsatz des Vertrauensschutzes" geht die Tendenz in Gesetzgebung und Rechtsprechung dahin, die Rückwirkung möglichst einzudämmen. Es ist heute in Rechtsprechung und Schrifttum allgemein anerkannt, daß Kapital- oder Personalgesellschaften bei Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit nur mit Wirkung für die Zukunft aufgelöst werden können [1]. Die Anfechtung eines Arbeitsvertrages ist nur mit Wirkung für die Zukunft möglich [2]. Auf der gleichen Linie liegt es, daß heute eine Ehe nicht mehr wie früher angefochten, sondern nur noch mit Wirkung für die Zukunft aufgehoben werden kann [3].

Auch aus § 24 BetrVerfG kann man nicht folgern, daß die Anfechtung einer Betriebsratswahl rückwirkende Kraft haben muß. In § 24 BetrVerfG wird lediglich bestimmt, daß auch nach Ablauf der Anfechtungsfrist der Mangel der Wählbarkeit geltend gemacht werden kann und das Amt des Betriebsratsmitgliedes mit dieser Feststellung endet. Der Mangel der Wählbarkeit soll im Gegensatz zu den übrigen Mängeln, die eine Anfechtungsmöglichkeit gewähren, nicht durch Verstreichung der Anfechtungsfrist geheilt werden. Über die Wirkung einer Anfechtung gemäß § 18 BetrVerfG besagt dagegen § 24 BetrVerfG nichts.

Wenn der Gesetzgeber der Anfechtung gemäß § 18 BetrVerfG rückwirkende Kraft hätte beilegen wollen, dann hätte er dies deutlich zum Ausdruck gebracht [4];

---

1) BGHZ 3, 285 ff. und 8, 175; BGH in NJW 1953, 1220

2) Hueck-Nipperdey, 1. Bd., § 32 III; Neumann in Staudinger-Nipperdey, § 611 Anm. 97; BAG in AP Nr. 1 zu § 123 BGB

3) § 29 Ehegesetz

4) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, S. 500

eine dem § 142 Abs. 1 BGB entsprechende Vorschrift fehlt aber. Gerade aber aus dem Umstand, daß der Gesetzgeber im Betriebsverfassungsgesetz von einem Anfechtungsverfahren und nicht von einem Nichtigkeitsverfahren spricht, läßt sich schließen, daß er dem die Ungültigkeit der Wahl feststellenden Beschluß keine rückwirkende Kraft zumessen wollte [1].

Das Urteil vernichtet also das Betriebsratsamt nicht rückwirkend; das Betriebsratsmitglied ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung ordnungsmäßiges Mitglied des Betriebsrates. Eine Kündigung ist also unwirksam, wenn sie ausgesprochen wird, bevor die Wahl des Betriebsratsmitgliedes rechtskräftig für ungültig erklärt worden ist [2].

4. KAPITEL
Die Gestaltung des Kündigungsschutzes

I. Das Verbot der ordentlichen Kündigung

1. Die Nichtigkeit der ordentlichen Kündigung

Nach § 13 Abs. 1 KSchG ist die Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied unzulässig, es sei denn, es liegt ein Grund vor, der den Arbeitgeber nach dem Gesetz zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt. Es fragt sich, ob § 13 Abs. 1 KSchG ein Verbot der ordentlichen Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied schlechthin oder lediglich eine Regelung der Gründe darstellt, aus denen Betriebsratsmitglieder entlassen werden können.

---

1) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, S. 500

2) Galperin-Siebert, BetrVerfG, § 18 Anm. 21; Hueck-Nipperdey, 2. Bd., S. 720; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, BetrVerfG, § 18 Anm. 34 (unter Aufgabe der noch i. d. 3. Aufl. vertretenen gegenteiligen Meinung), sowie Dietz, BetrVerfG, § 18 Anm. 20 (ebenso unter Aufgabe seiner noch i. d. 3. Aufl. vertretenen gegenteiligen Meinung); BAG in AP Nr. 2 zu § 81 ArbG; vergl. auch z. PersVG: BVerwG, Bd. 8, 221

Nach der herrschenden Meinung [1] ist die Vorschrift des § 13 Abs. 1 KSchG als ein Verbot der ordentlichen Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied anzusehen. Eine ordentliche Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied ist danach unzulässig. Eine dennoch erfolgte ordentliche Kündigung verstoße gegen ein Gesetzverbot und sei daher gemäß § 134 BGB nichtig. Demgegenüber vertreten Güntner [2] und das Landesarbeitsgericht Stuttgart [3] die Auffassung, § 13 Abs. 1 KSchG bedeute kein Verbot einer ordentlichen Kündigung schlechthin, dessen Nichtbeachtung die Nichtigkeit der Kündigung zur Folge habe, sondern führe nur die Gründe an, aus denen Betriebsratsmitgliedern gekündigt werden könne. § 13 Abs. 1 KSchG lasse die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses durch eine Kündigung nur als solchen Gründen zu, die bei anderen Arbeitnehmern für eine fristlose Entlassung erforderlich sind. Daraus ergäbe sich jedoch nicht, daß die ordentliche Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied verboten sei, sondern nur daß die Umdeutung einer rechtsunwirksamen fristlosen Kündigung in eine fristgerechte ausgeschlossen sei. Die ordentliche Kündigung sei nur durch eine innerhalb von drei Wochen nach § 3 KSchG zu erhebende Klage vernichtbar. Unterlasse das Betriebsratsmitglied diese Feststellungsklage, so habe die ordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis wirksam aufgelöst.

Als Argument führt Güntner [4] zunächst an, daß nach allgemeiner Meinung einem Arbeitnehmer außerordentlich befristet gekündigt werden könne. Die Vergünstigung einer solchen Frist dürfe der Arbeitgeber nach herrschender Ansicht [5] auch einem Betriebsratsmitglied gewähren. Ein Arbeitgeber könne also auch Betriebsratsmitglieder mit der ordentlichen Kündigungsfrist entlassen. Würde man

---

1) Hueck, KSchG, § 13 Anm. 12 und in BB 1952, 468 und Anm. zu AP 1952, Nr. 201; Bertermann, BlStR 1953, 285; Groß, AuR 1953, 364; Trieschmann, BB 1954, 874; und in BB 1956, 258; Küchenhoff, RdA 1955, 256; Hunn, AuR 1954, 264 und RdA 1954, 387; Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 1 a; Herschel, Anm. zu AP 1953, Nr. 137 und 1954, Nr. 7; Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 802; Bührig-Wittholz-Paulsen, KSchG, § 13 Anm. 141; Dietz, NJW 1951, 945; Oehmann, BB 1953, 627 und die LAGe Tübingen in AP 1953, Nr. 137, Hamm in AP 1954, Nr. 7 und in AP 1952, Nr. 201 sowie Düsseldorf, Betrieb 1955, 412

2) Güntner, AR-Blattei, Kündigungsschutz III, Prozessuale Probleme; RdA 1954, 135; AuR 1954, 194; NJW 1955, 571

3) LAG Stuttgart in Betrieb 1954, 436

4) Güntner, NJW 1955, 569; RdA 1954, 136

5) BAG in NJW 1955, 606; RAG, ARS 34, 282; LAG Hamm in AP 1952, Nr. 401; Hueck, KSchG, § 13 Anm. 17 und § 11 Anm. 2; Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 8; Küchenhoff, RdA 1955, 258

in § 13 Abs. 1 KSchG ein Verbot der ordentlichen Kündigung erblicken, so sei es - nach Güntners Ansicht - entweder dem Arbeitgeber verwehrt, außerordentlich mit der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen, oder er dürfe eine solche Kündigung nicht mit ihrem gebräuchlichen Namen, nämlich als ordentliche Kündigung bezeichnen. Es käme also nur auf den Gebrauch von Worten an, die auf eine außerordentliche bzw. fristlose Kündigung hinweisen würden.

Hierbei verkennt Güntner den Unterschied zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung, der nicht in einem unterschiedlichen Wortgebrauch liegt. Zwischen einer ordentlichen und einer außerordentlichen Kündigung ist danach zu unterscheiden, ob die Wirksamkeit der Kündigung vom Vorliegen eines bestimmten Grundes abhängig ist oder nicht; sowohl die ordentliche als auch die außerordentliche Kündigung kann fristlos oder befristet sein [1].

Weiterhin stützt Güntner seine Ansicht auf die Tatsache, daß nach herrschender Meinung [2] zur Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung nicht erforderlich sei, daß der Arbeitgeber bei dem Anspruch der Kündigung Gründe angegeben habe [3]. Daher sei die Frage, ob die Kündigung rechtswirksam sei, allein davon abhängig, daß der Arbeitgeber im Kündigungsstreit vor dem Arbeitsgericht den nach dem Gesetz erforderlichen Grund nachweisen könne. Man könne also aus der Kündigung nicht immer erkennen, ob sich der Arbeitgeber auf einen außerordentlichen Kündigungsgrund berufen wolle. Vielmehr würde dies erst aus dem Kündigungsstreit zu ersehen sein, wenn der Arbeitgeber den Kündigungsgrund angebe. Es handele sich hier um die gleiche Lage wie bei einer Kündigung, die gegen § 1 KSchG verstoße. Eine Kündigung, die gegen § 1

---

1) Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, BGB, Vorbemerkung 69 f. vor § 620 und § 620 Anm. 7 mit Nachweisen; Hueck, KSchG, § 11 Anm. 2; Herschel-Steinmann, KSchG, § 11 Anm. 4; Hueck-Nipperdey, Bd. I, § 56 (S. 562 f.); Molitor, Die Kündigung, S. 252; so gegen Güntner im übrigen auch schon Trieschmann in RdA 1956, 259 f.

2) Hueck, KSchG, § 1 Anm. 43a; Herschel-Steinmann, KSchG, § 1 Anm. 34; Hueck-Nipperdey, Bd. I, S. 552; Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 693; Molitor, Die Kündigung, S. 103; RAG, ARS 16, 297 und 31, 37; LAG Hamburg, Betrieb 1950, 193; BAG 2, 245 und BAG in Betrieb 1963, 555. Dem Arbeitnehmer wird man einen schuldrechtlichen Anspruch auf Angabe der Kündigungsgründe zuerkennen müssen, deren Verletzung u. U. einen Schadensersatzanspruch (z. B. f. Prozeßkosten) erzeugt. (Herschel-Steinmann, KSchG, § 1 Anm. 35; Hueck, KSchG, § 1 Anm. 43; Oehmann, BB 1953, 627; RAG, Betrieb 1963, 555.) Davon unabhängig ist aber die Frage, ob die Kündigung wirksam ist.

3) Güntner, RdA 1954, 135 u. NJW 1955, 570

KSchG verstoße, sei nach herrschender Meinung nicht nichtig, sondern nur vernichtbar. Bei einer solchen Wesensgleichheit dürfe man keine andere Form der Rechtsunwirksamkeit annehmen. Die Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied, die gegen § 13 KSchG verstoße, sei also nicht gemäß § 134 BGB nichtig, sondern nur wegen Gesetzeswidrigkeit vernichtbar.

Die Argumentation ist jedoch verfehlt. Nach § 1 KSchG ist eine Kündigung, falls das Kündigungsschutzgesetz zur Anwendung kommt, nur dann wirksam, wenn eine der dort genannten Gründe vorliegt. Eine Kündigung, deren Zulässigkeit von dem Vorliegen eines bestimmten Grundes abhängig ist, kann nur als eine außerordentliche Kündigung angesehen werden. Für den Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes sind also nur außerordentliche Kündigungen möglich. Weiterhin ist es umstritten, ob eine Kündigung die gegen § 1 KSchG verstößt, nichtig ist oder nur vernichtbar [1]. Im übrigen ist es verfehlt, aus der Rechtsnatur des Verbotes der sozialwidrigen Kündigung nach § 1 KSchG auf die des Kündigungsverbotes nach § 13 KSchG zu schließen, da zwischen dem Kündigungsschutz nach § 1 KSchG und dem nach § 13 KSchG grundlegende Unterschiede bestehen. Während nach § 1 KSchG nur die sogenannte "sozialwidrige" Kündigung verboten ist, wird durch § 13 Abs. 1 KSchG jede Kündigung ausgeschlossen, sofern nicht ein Grund vorliegt, der den Arbeitgeber nach dem Gesetz zur fristlosen Entlassung berechtigt.

Güntner begründet seine Auffassung auch mit dem Wesen der Kündigungsschutzarten [2]. Unser Rechtssystem kenne zwei Formen des Kündigungsschutzes, nämlich den sogenannten besonderen Kündigungsschutz und den allgemeinen Kündigungsschutz. Der besondere Kündigungsschutz sei ein verwaltungsrechtlicher Kündigungsschutz, bei dem zur Wirksamkeit einer Kündigung die Zustimmung einer bestimmten Behörde erforderlich sei, z. B. § 9 MuSchG [3], §§ 14 ff. SchwbG [4],

---

1) Maus, KSchG, § 1 Anm. 5; Rohlfing, KSchG, § 1 Anm. 2 und 16 und Dietz, NJW 1951, 943, sehen eine Kündigung, die gegen § 1 KSchG verstößt, zunächst als wirksam an, deren Wirksamkeit aber durch die sogenannte Anfechtungsklage beseitigt werden könnte. Molitor (Die Kündigung, S. 232) und Nikisch (BB 1951, 646) sind der Meinung, daß die sozial ungerechtfertigte Kündigung schwebend unwirksam sei. Dagegen halten Hueck, (KSchG, § 3 Anm. 1), Herschel-Steinmann (KSchG, § 1 Anm. 55), und Monjau-Heimeier (KSchG, § 1 Anm. 7) die sozialwidrige Kündigung als von Anfang an unwirksam.

2) Güntner, NJW 1955, 570 und RdA 1954, 135

3) Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter vom 24. Januar 1952 (BGBl. I S. 69)

4) Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 16. Juni 1953 (BGBl. I S. 389)

§§ 15 ff. KSchG. Ein Verstoß gegen den besonderen Kündigungsschutz mache die Kündigung gemäß § 134 BGB nichtig. Die gerichtliche Geltendmachung der Nichtigkeit dieser Kündigung sei an keine Frist gebunden. Anders dagegen verhalte es sich beim allgemeinen Kündigungsschutz, dessen Wesen in der richterlichen Nachprüfbarkeit der Arbeitgeberkündigung bestehe, ob die durch Gesetz geforderten Gründe vorhanden seien. Sowohl die außerordentliche als auch die ordentliche Kündigung unterliege dieser Nachprüfungspflicht. Verletze der Arbeitgeber den allgemeinen Kündigungsschutz, so sei seine Kündigung nicht nichtig, sondern nur vernichtbar. Unterlasse der Arbeitnehmer eine rechtzeitige gerichtliche Geltendmachung, so hätte dies zur Folge, daß die Kündigung von Anfang an als gültig anzusehen sei. Auch der Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder sei ein allgemeiner, da die Kündigung nicht von der Zustimmung einer Behörde abhängig sei; auch er beruhe auf der gerichtlichen Nachprüfbarkeit. Bei einer Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes fehle das jedem ersichtbare Faktum, aus dem man die Nichtigkeit erkennen könne. Auch eine Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied sei von Anfang an als gültig anzusehen, wenn die Unwirksamkeit nicht rechtzeitig gerichtlich geltend gemacht werde.

Dieser Argumentation kann ebenfalls nicht beigepflichtet werden. Der Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder unterscheidet sich grundlegend von dem allgemeinen Kündigungsschutz; er ist ungleich stärker als der allgemeine. Während letzterer nur die sogenannte "sozialwidrige" Kündigung verbietet, schließt § 13 Abs. 1 KSchG jede Kündigung aus, sofern nicht ein Grund vorliegt, der den Arbeitgeber nach dem Gesetz zur fristlosen Entlassung berechtigt. Genau so wie der Arbeitgeber nach den Vorschriften der §§ 9 MuSchG, 14 ff. SchwbG und 15 ff. KSchG ohne behördliche Genehmigung nicht kündigen kann, so kann er auch einem Betriebsratsmitglied gegenüber keine ordentliche Kündigung aussprechen. Ohne Bedeutung ist, daß bei den erstgenannten Vorschriften die Mitwirkung einer Behörde vorgesehen ist, dagegen in § 13 KSchG nicht [1]. Das Arbeitsgericht muß in diesen erstgenannten Fällen bei einem Streit über die Wirksamkeit der Kündigung prüfen, ob die erforderliche behördliche Zustimmung vorlag, bei der Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied, ob eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung erklärt wurde. Fehlte die behördliche Genehmigung bzw. war eine ordentliche Kündigung ausgesprochen worden, so ist die Kündigung gemäß § 134 BGB nichtig. Beide Fälle fallen unter den besonderen Kündigungsschutz. Der allgemeine Kündigungsschutz unterscheidet sich von dem besonderen Kündigungsschutz nicht dadurch, daß bei dem letzteren die Mitwirkung einer Verwaltungsbehörde erforderlich ist, sondern dadurch, daß er nicht den Schutz

1) Trieschmann, RdA 1956, 260

bestimmter Arbeitnehmergruppen gewährleisten will, sondern daß er grundsätzlich auf alle Arbeitnehmer Anwendung findet.

Weiterhin versucht Güntner zur Stützung seiner Ansicht, daß § 13 Abs. 1 KSchG kein Verbot einer ordentlichen Kündigung darstelle, die Absätze 2 und 3 von § 13 KSchG heranzuziehen [1]. Nach herrschender Ansicht [2] sei in den Fällen der Absätze 2 und 3 des § 13 KSchG eine ordentliche Kündigung möglich. Aus der Zulässigkeit einer ordentlichen Kündigung in diesen Fällen ergebe sich, daß auch durch Absatz 1 des § 13 KSchG eine ordentliche Kündigung nicht verboten sei. Dies hätte den Vorzug einer einheitlichen Auslegung der Kündigungsschutzvorschriften für Betriebsratsmitglieder.

Dem kann man jedoch nicht beitreten. Selbst wenn man mit der herrschenden Meinung die Ansicht vertreten sollte, daß in den Fällen der Absätze 2 und 3 des § 13 KSchG eine ordentliche Kündigung möglich sei, so würde sich daraus keinesfalls ergeben, daß eine ordentliche Kündigung auch im Falle des § 13 Abs. 1 KSchG zulässig ist, weil die Absätze 2 und 3 Sondervorschriften zu Absatz 1 sind [3].

Auch Zweckmäßigkeitspunkte, die Güntner zur Begründung seiner Ansicht anführt [4], vermögen nicht zu überzeugen. Ein absolutes Verbot der ordentlichen Kündigung sei unvorteilhaft für die Betriebsratsmitglieder, so behauptet Güntner. Der Arbeitgeber sei dadurch genötigt, immer fristlos zu kündigen, während er sich sonst oft aus sozialen Gesichtspunkten mit einer ordentlichen Kündigung begnügt hätte. Durch eine fristlose Entlassung würde das Betriebsratsmitglied in seinem weiteren Fortkommen sehr gehindert werden.

Dem muß jedoch entgegengehalten werden, daß der Arbeitgeber nicht gezwungen ist, das Betriebsratsmitglied fristlos zu entlassen. Er kann dem Betriebsratsmitglied außerordentlich, aber befristet, kündigen. Für einen Dritten ist in diesem Fall nicht zu ersehen, ob es sich dabei um eine ordentliche Kündigung handelt. Erhebt jedoch das Betriebsratsmitglied gegen seine Entlassung Klage beim Arbeitsgericht, so muß der Arbeitgeber, um den Prozeß zu gewinnen, in beiden Fällen die Gründe anführen, die ihn zur Kündigung veranlaßt haben [5]. Erst dadurch wird der Makel der außerordentlichen Kündigung bekannt. Außerdem kann man nicht von einer unbilligen Beschwer reden, wenn der Arbeitgeber bei Vor-

---

1) Güntner, NJW 1955, 570
2) Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 807; Hueck, KSchG, § 13 Anm. 25; Küchenhoff, RdA 1955, 258; Trieschmann, RdA 1956, 260
3) Trieschmann, RdA 1956, 260 f.
4) Güntner, NJW 1955, 571 und RdA 1954, 136
5) Trieschmann, RdA 1956, 260

liegen eines wichtigen Grundes von seinem Recht der fristlosen Entlassung Gebrauch macht. § 13 KSchG hat ja nicht den Zweck, Versagern den Arbeitsplatz zu sichern.

Es ergibt sich also, daß eine ordentliche Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied unzulässig ist. Sie verstößt gegen § 13 Abs. 1 KSchG und ist daher gemäß § 134 BGB nichtig. Sie kann daher keine Rechtswirkungen erzeugen. Für beide Teile bleiben weiter alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag bestehen. Auf eine solche Kündigung sind gemäß § 11 Abs. 4 KSchG die Vorschriften des ersten Abschnittes des Kündigungsschutzgesetzes (§§ 1-10 KSchG) nicht anzuwenden. Das Betriebsratsmitglied braucht die Unwirksamkeit einer ordentlichen Kündigung folglich nicht innerhalb von drei Wochen gemäß § 3 KSchG anzufechten, sondern kann sie auch nachher noch geltend machen [1]. Eine andere Frage ist jedoch, ob das Arbeitsverhältnis nicht dadurch beendet werden kann, daß das Betriebsratsmitglied sich mit der ordentlichen Kündigung abfindet. In einem solchen Verhalten könnte unter Umständen eine stillschweigende Einwilligung des Betriebsratsmitgliedes in die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gesehen werden. Dann wäre der Arbeitsvertrag aber nicht durch die Kündigung des Arbeitgebers, sondern durch eine vertragliche Auflösung beendet worden [2].

2. Kündigungsschutz und Pensionierung

In vielen Betrieben ist durch Einzelarbeitsvertrag oder eine Kollektivvereinbarung festgelegt, daß die Arbeitnehmer bei Erreichen eines bestimmten Alters - meist in Anlehnung an den öffentlichen Dienst mit 65 Jahren - entweder automatisch ausscheiden oder der Arbeitgeber zur Kündigung berechtigt ist. Sofern das Ausscheiden mit Erreichung der Altersgrenze automatisch erfolgen soll, ist es zweifelsfrei, daß diese Regelung auch für Betriebsratsmitglieder gilt, da in diesem Fall der Arbeitsvertrag unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossen worden ist und somit eine Kündigung nicht notwendig ist. Hat jedoch der Arbeit-

---

1) Hueck, KSchG, § 13 Anm. 12 und BB 1952, 467; Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 19; Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 802; Küchenhoff, RdA 1955, 257; Trieschmann, RdA 1956, 261 und BB 1954, 874; Gross, AuR 1953, 364; Bertermann, BlStR 1953, 285, 285; LAG Tübingen, BB 1952, 764; LAG Hamm in AP 1952, Nr. 201 mit zustimmender Anm. von Hueck; LAG Hamm in AP 1954, Nr. 7 mit zustimmender Anm. von Herschel.

2) Trieschmann, RdA 1956, 261

geber lediglich ein Kündigungsrecht, dann fragt sich, ob der Arbeitgeber auch gegenüber Betriebsratsmitgliedern ein solches Kündigungsrecht hat. Der Wortlaut des § 13 KSchG steht dem scheinbar entgegen. Jedoch kann der Arbeitgeber einem Betriebsratsmitglied generell zum Ende einer Amtsperiode kündigen, da der Arbeitnehmer nach Ablauf der laufenden Amtsperiode nicht mehr dem Betriebsrat angehört; eine eventuelle Wiederwahl steht dem nicht entgegen, denn in jeder Amtsperiode amtiert ein anderer Betriebsrat [1].

3. Kündigungsschutz und Änderungskündigung

Oft erstrebt der Arbeitgeber bei einer Kündigung nicht das Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb, sondern nur eine Änderung des bisherigen Vertragsinhaltes. Es soll z. B. die Arbeitszeit neu geregelt werden oder ein neuer Akkordlohn festgesetzt werden. Diesen Zweck versucht der Arbeitgeber durch eine sogenannte Änderungskündigung zu erreichen, d. h. der Arbeitgeber erklärt entweder eine unbedingte Kündigung und verbindet damit den Antrag auf Abschluß eines neuen Arbeitsvertrages zu geänderten Bedingungen [2] oder er spricht eine Kündigung unter der Bedingung aus, daß der Arbeitnehmer einen mit der Kündigung verbundenen Antrag auf Abschluß eines Änderungsvertrages nicht annimmt [3]. Auch eine solche Änderungskündigung ist nach allgemeiner Ansicht eine echte Kündigung [4]. Deshalb geht die herrschende Meinung [5] dahin, daß durch § 13 KSchG Betriebsratsmitglieder auch vor sogenannten Änderungskündigungen geschützt sind. Dabei ist es unbedeutend, ob eine solche erstrebte Abänderung des Arbeitsvertrages unzumutbar ist oder nicht [6].

---

1) Im Ergebnis ebenso, jedoch mit anderer Begründung: Bohn in BergbuWi 1954 Heft 6, S. 15

2) RAG in ARS 5, 162 und 16, 288

3) RAG in ARS 5, 536 und 8, 67. Eine solche Kündigung ist zulässig, weil der Eintritt der Bedingung allein vom Willen des Kündigungsempfängers abhängt (Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 700 und in Festschrift, S. 272)

4) Hueck-Nipperdey, Bd. I, S. 549; Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 769; Molitor, Die Kündigung, S. 48

5) Hueck, KSchG, § 13 Anm. 9; Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 2; Bührig-Wittholz-Paulsen, KSchG, § 13 Anm. 2; Monjau-Heimeier, KSchG, § 13 Anm. 1; Mayr, KSchG, § 13 Anm. 2b; Heimeier, Betrieb 1951, 918; Gross, AuR 1953, 364; Schuldt, AuR 1955, 113, BAG in AP Nr. 8 zu § 13 KSchG

6) Herschel-Steinmann, KSchG, § 1 Anm. 13; Schuldt a. a. O.

Es fragt sich aber, ob Betriebsratsmitglieder auch dann gegenüber einer Änderungskündigung durch § 13 KSchG geschützt sind, wenn diese nicht nur gegenüber dem einzelnen Betriebsratsmitglied, sondern allen Arbeitnehmern des Betriebes oder einer Betriebsabteilung ausgesprochen wird. Das Bundesarbeitsgericht [1] hat diese Frage offen gelassen. Küchenhoff [2], Hessel [3] und Neumann-Duesberg [4] lehnen die Zulässigkeit einer Änderungskündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied auch dann ab, wenn die Arbeitsverträge aller übrigen Belegschaftsangehörigen durch eine Änderungskündigung geändert worden sind. § 13 KSchG gebe dem Betriebsratsmitglied zur Erhaltung seines Arbeitsplatzes einschließlich seines Umfanges und seines finanziellen Inhaltes einen wohl erwogenen Schutz. Die darin liegende Besserstellung sei vom Gesetzgeber gewollt. Angesichts des klaren Wortlautes des § 13 KSchG könne eine Änderungskündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied nicht als zulässig angesehen werden.

Demgegenüber vertreten Linke [5], Rohlfing [6], Dietz [7], Nikisch [8], Herschel [9], Hueck [10], Müller-Auffarth [11] und Frey [12] die Auffassung, daß bei einer Massenänderungskündigung auch Betriebsratsmitglieder nicht ausgenommen werden dürfen. Es entspreche nicht dem Sinn und Zweck des § 13 KSchG, die Betriebsratsmitglieder von einer allgemeinen Verschlechterung der Arbeitsbedingungen zu verschonen. § 53 Abs. 2 BetrVerfG verbiete nicht nur, Betriebsratsmitglieder zu benachteiligen, sondern auch zu bevorzugen. Man müsse bei der Auslegung des § 13 KSchG das durch § 53 Abs. 2 BetrVerfG normierte Bevorzugungsverbot berücksichtigen. Bei einem Abbau bisheriger Rechte eines Betriebsratsmitgliedes aufgrund kollektiver Regelung sorge schon das Ordnungsprinzip dafür, daß diese Regelung ohne Kündigung auch gegenüber dem Betriebsratsmitglied gelte [13].

---

1) BAG in AP Nr. 10 zu § 13 KSchG
2) Küchenhoff, Anm. zu BAG-Urteil in AP Nr. 10 zu § 13 KSchG
3) Betriebsverfassung 1958, 228 ff.
4) Lehrbuch des Betriebsverfassungsgesetzes, S. 291 ff.
5) BB 1954, 385
6) KSchG, § 13 Anm. 9
7) BetrVerfG, § 37 Anm. 3 und § 53 Anm. 17
8) Nikisch, in Festschrift, S. 284 und in Betrieb 1956, 1133
9) In AuR 1958, 286
10) KSchG, § 13 Anm. 14
11) KSchG, § 13 Anm. 9
12) Betriebsverfassung 1958, 151
13) Herschel, AuR 1958, 286

Nach Ansicht von Herschel [1] ist man nicht darauf angewiesen, bei einer Massenänderungskündigung auch die Arbeitsbedingungen der Betriebsratsmitglieder zu kündigen. Die Betriebsratsmitglieder müßten gemäß § 242 BGB sich ohne ausdrückliche Kündigung mit einer Änderung auch ihrer Arbeitsbedingungen in diesem Fall einverstanden erklären. Der Arbeitgeber könne diese Einwilligung notfalls durch Klage erzwingen.

Nach Hueck [2], Linke [3] und Nikisch [4] muß dagegen der Arbeitgeber eine Änderungskündigung aussprechen. Wenn sich das Betriebsratsmitglied gegenüber einer solchen Änderungskündigung auf seinen Kündigungsschutz gemäß § 13 KSchG berufe, so stelle das eine unzulässige, gegen § 37 Abs. 1 BetrVerfG verstoßende Rechtsausübung dar.

Die Weigerung eines Betriebsratsmitgliedes, in einem solchen Falle einer Änderung des Arbeitsvertrages zuzustimmen, soll nach Ansicht von Nikisch [5] und Linke [6] einen wichtigen Grund zur fristlosen Entlassung darstellen.

Nikisch [7], Linke [8] und Dietz [9] sehen in einer solchen Weigerung einen groben Verstoß gegen die Amtspflichten eines Betriebsratsmitgliedes, da das Betriebsratsmitglied seinen Kündigungsschutz nicht dazu benutzen dürfe, um sich einen ungerechtfertigten Sondervorteil zu verschaffen. Der Arbeitgeber könne daher in einem solchen Fall beim Arbeitsgericht beantragen, das Betriebsratsmitglied aus dem Betriebsrat auszuschließen, und könne nach Abschluß des Verfahrens die Änderungskündigung erklären.

Die in der Literatur weit verbreitete Ansicht, § 13 KSchG sei bei einer Massenänderungskündigung nicht anwendbar, ist nicht haltbar. Im Hinblick auf die eindeutige Fassung des § 13 KSchG läßt sich diese Meinung nicht überzeugend begründen. Es geht nicht an, § 13 KSchG lediglich unter Hinweis auf einen angeblichen "Gesetzeszweck" für nicht anwendbar zu erklären; denn bei der Auslegung eines Gesetzes ist von objektiven Voraussetzungen, insbesondere vom Inhalt des Gesetzes auszugehen. Für diese einschränkende Auslegung des § 13 KSchG findet sich im Gesetz jedoch kein Anhalt. Das Bestehenbleiben eines nach

---

1) Herschel a. a. O.
2) Hueck a. a. O.
3) Linke a. a. O.
4) Nikisch a. a. O.
5) In Festschrift, S. 284 und in Betrieb 1956, 1133
6) BB 1954, 385
7) In Festschrift, S. 284 und in Betrieb 1956, 1133
8) BB 1955, 385
9) BetrVerfG, § 37 Anm. 3 und § 53 Anm. 17

der Massenänderungskündigung gegenüber den andern Arbeitnehmern höheren Lohnes des Betriebsratsmitgliedes ist weder Entgelt nach § 37 Abs. 1 BetrVerfG noch eine Begünstigung nach § 53 Abs. 2 BetrVerfG, sondern die gesetzliche Wirkung des § 13 Abs. 1 KSchG. Eine Änderungskündigung ist also, auch wenn es sich um eine Massenänderungskündigung handelt, nach § 13 Abs. 1 KSchG unwirksam.

Der Ansicht von Herschel [1], eine Änderungskündigung erübrige sich, das Betriebsratsmitglied müsse in eine Änderung des Arbeitsvertrages einwilligen und notfalls könne der Arbeitgeber auf eine solche Einwilligung klagen, kann nicht gefolgt werden. Kein Arbeitnehmer ist verpflichtet, in eine Änderung seines Arbeitsvertrages einzuwilligen; andernfalls wäre eine Änderungskündigung überflüssig [2].

Auch der Auffassung von Nikisch [3] und Linke [4], die Weigerung eines Betriebsratsmitgliedes, einer Änderung des Arbeitsvertrages zuzustimmen, stelle einen wichtigen Grund zur fristlosen Entlassung dar, kann nicht gefolgt werden. Kein Arbeitnehmer ist verpflichtet, in eine Änderung seines Arbeitsvertrages einzuwilligen. Spricht der Arbeitgeber eine Änderungskündigung aus, dann steht es dem Arbeitnehmer frei, ob er die neuen Bedingungen annehmen oder ob er die Kündigung wirksam werden lassen will. Keineswegs kann aber in der Weigerung ein wichtiger Grund zur fristlosen Entlassung erblickt werden. Auch ein Betriebsratsmitglied kann in dieser Hinsicht nicht anders als die übrigen Arbeitnehmer behandelt werden.

Der von Nikisch [5], Linke [6] und Dietz [7] gemachte Hinweis, die Weigerung eines Betriebsratsmitgliedes bei einer Massenänderungskündigung in die Änderung des Arbeitsvertrages einzuwilligen, könne auch als ein Verstoß gegen die Amtspflichten angesehen werden, und der Arbeitgeber könne daher auch beim Arbeitsgericht beantragen, das Betriebsratsmitglied aus dem Betriebsrat auszuschließen, und ihm nach Abschluß des Verfahrens die Änderungskündigung auszusprechen, erscheint unzutreffend. Das Betriebsratsmitglied ist ebensowenig wie ein anderer Arbeitnehmer verpflichtet, in eine Änderung seines Arbeitsvertrages einzuwilligen. Seine Weigerung, einer Änderungskündigung zuzustimmen, stellt daher keine Amtspflichtverletzungen dar.

---

1) Herschel a. a. O.
2) Neumann-Duesberg a. a. O., S. 291
3) Nikisch a. a. O.
4) Linke a. a. O.
5) Nikisch a. a. O.
6) Linke a. a. O.
7) Dietz a. a. O.

Zu unterscheiden von der sogenannten Änderungskündigung ist die Möglichkeit des Arbeitgebers, auf Grund seines Direktionsrechtes Weisungen hinsichtlich der Tätigkeit zu erteilen. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers ergibt sich aus dem Arbeitsverhältnis. Die Pflichten des Arbeitnehmers werden nicht durch den Arbeitsvertrag im einzelnen festgelegt, sondern erst später durch die Anweisungen des Arbeitgebers konkretisiert. Im Rahmen des Arbeitsvertrages kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vorschreiben, welche Verrichtungen er zu erfüllen hat. Der Umfang des Direktionsrechtes wird begrenzt durch gesetzliche und vertragliche Bestimmungen. Solche Änderungen der Arbeitsbedingungen, die sich im Rahmen des dem Arbeitgeber kraft des Arbeitsverhältnisses zustehenden Direktionsrechtes halten, werden durch § 13 KSchG nicht betroffen; sie sind als zulässig zu betrachten [1]. Sieht ein Tarifvertrag vor, daß der Arbeitgeber das Recht hat, seine Arbeitnehmer unter gewissen Voraussetzungen mit Arbeiten zu beschäftigen, für die nach dem Tarifvertrag eine niedrigere Entlohnung vorgesehen ist, und überträgt der Arbeitgeber demgemäß einem Betriebsratsmitglied einen Arbeitsplatz, mit dem eine geringere Entlohnung - z. B. infolge eines Wegfalls von Zulagen - verbunden ist, so muß das Betriebsratsmitglied diese Lohnminderung hinnehmen [2]. Nur wenn sich eine Anordnung des Arbeitgebers als eine Maßregelung des Betriebsratsmitgliedes erweist, ist diese gemäß § 53 Abs. 2 BetrVerfG nichtig, da es dem Arbeitgeber verwehrt ist, das Betriebsratsmitglied um seiner Tätigkeit Willen zu benachteiligen. Umsetzungen, die den Umfang des Direktionsrechtes überschreiten, können nur durch eine Änderung des Arbeitsvertrages herbeigeführt werden. Eine Anweisung des Arbeitgebers, die nicht vom Direktionsrecht gedeckt wird, z. B. eine Versetzung in einen anderen Betrieb, stellt aber nicht ohne weiteres eine Änderungskündigung dar, die gemäß § 13 Abs. 1 KSchG unzulässig wäre. Denn eine Kündigung liegt nur dann vor, wenn der Kündigende das Arbeitsverhältnis beenden will. Dieser Wille muß erkennbar zum Ausdruck gebracht werden [3]. Das gilt auch für die sogenannte Änderungskündigung. Auch hier soll das Arbeitsverhältnis gelöst werden, wenn der Kündigungsgegner sich nicht mit der vorgeschlagenen Änderung einverstanden erklärt. Bei Überschreitungen des Direktionsrechtes hat aber der Arbeitgeber in der Regel diesen Beendigungswillen nicht [4]. Eine solche Versetzung ist daher nicht, wie

---

1) Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 2; Hueck, KSchG, § 13 Anm. 9; Monjau-Heimeier, KSchG, § 1 Anm. 1; Koch, BB 1955 S. 353; Linke in BB 1955 S. 385; Nikisch in Festschrift, S. 266 f.

2) LAG Hamm in BB 1959, 559

3) Molitor, Die Kündigung, S. 101

4) RAG in ARS 15, 350

Bührig-Wittholz-Paulsen [1] und Nikisch [2] annehmen, nach dem Kündigungsschutzgesetz nichtig; sie ist vielmehr als unzulässig zu betrachten, weil sie nicht mehr vom Direktionsrecht des Arbeitgebers getragen wird.

II. Ausnahmen vom Kündigungsschutz

1. Die allgemeine außerordentliche Kündigung

Den Mitgliedern des Betriebsrates kann gemäß § 13 Abs. 1 KSchG dann gekündigt werden, wenn ein Grund vorliegt, der den Arbeitgeber nach dem Gesetz ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zur Kündigung berechtigt. Nur solche wichtigen Gründe lassen eine Kündigung zu, die in gesetzlichen Vorschriften enthalten sind. Wann ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorliegt, hat der Gesetzgeber nicht für alle Arbeitnehmer gleich geregelt; vielmehr sind die Vorschriften, nach denen eine fristlose Kündigung zulässig ist, in den einzelnen Gesetzen gesondert aufgeführt. Nach den §§ 626 BGB, 70 HGB, 133b GewO und 88d ABG ist eine Kündigung allgemein aus jedem wichtigen Grunde zulässig, der nach ständiger Rechtsprechung [3] dann vorliegt, wenn mit Rücksicht auf diesen Umstand die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses einer Vertragspartei nicht mehr zugemutet werden kann. Dagegen führen die § 71 HGB, § 131c GewO, § 20 Abs. 3 und § 25 BinnSchG [4], § 21 FlößG [5], § 70 SemO [6] und § 16 Abs. 2 LAO [7] Beispiele an, wann ein wichtiger Grund vorliegt; sie stellen keine erschöpfende Regelung dar, sondern in jedem einzelnen Fall muß geprüft werden, ob ein wichtiger Grund im Sinne des Gesetzes vorliegt. Im Gegensatz hierzu sind nach allgemeiner Ansicht [8] die in den §§ 123 GewO und 82 ABG angeführten Gründe eine erschöpfende Aufzählung, aus denen gewerbliche Arbeiter und Bergarbeiter fristlos entlassen werden dürfen. Eine Ausnahme davon ist gemäß

---

1) Bührig-Wittholz-Paulsen, KSchG, § 13 Anm. 3
2) Nikisch in Festschrift, S. 278
3) RAG in ARS 14, 290
4) Gesetz betr. die privatrechtlichen Verhältnisse in der Binnenschiffahrt v. 15. Juni 1895 i. d. Fassung der Bekanntmachung vom 10. Mai 1898 (RGBl. S. 175).
5) Flößereigesetz vom 15. Juni 1895 (RGBl. S. 301)
6) Seemannsordnung vom 2. Juni 1902 (RGBl. S. 175)
7) Vorläufige Landarbeiterordnung v. 24. Januar 1919 (RGBl. S. 111)
8) Landmann-Rohmer, GewO, § 123 Anm. 2c; Hueck, BB 1952, 467; LAG Stuttgart, BB 1951, 224

§§ 124a GewO und 83a ABG für diejenigen gewerblichen Arbeiter und Bergarbeiter vorgesehen, deren Arbeitsverhältnis entweder fest auf mindestens 4 Wochen abgeschlossen worden ist oder mit denen eine längere als 14-tägige Kündigung vereinbart worden ist. Diesen kann aus jedem wichtigen Grund gekündigt werden.

a) Können gewerbliche Arbeiter und Bergarbeiter aus jedem wichtigen Grund gemäß §§ 124a GewO und 83a ABG entlassen werden?

Zweifelhaft ist, ob die §§ 124a GewO und 83a ABG auch auf diejenigen gewerblichen Arbeiter und Bergarbeiter anzuwenden sind, die zwar nach ihrem Arbeitsvertrag einer höchstens 14-tägigen Kündigungsfrist unterliegen, aber denen infolge ihrer Mitgliedschaft zum Betriebsrat gemäß § 13 Abs. 1 KSchG keine ordentliche Kündigung ausgesprochen werden darf.

Mit dieser Frage hat sich die Literatur und Rechtsprechung schon seit dem Betriebsratsgesetz von 1920 auseinandergesetzt. Unter der Geltung des Betriebsrätegesetzes von 1920 ging die herrschende Meinung [1] dahin, die §§ 124a GewO und 83a ABG nicht auf Betriebsratsmitglieder anzuwenden. Als Begründung wurde angeführt, durch § 96 BRG sei das Kündigungsrecht des Arbeitgebers lediglich eingeschränkt, nicht aber ausgeschlossen, da gemäß § 96 BRG eine Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied mit Zustimmung des Betriebsrates oder des Arbeitsgerichts wirksam sei. Jedoch würde durch § 96 BRG keine längere als 14-tägige Kündigungsfrist begründet, noch das Arbeitsverhältnis auf mindestens 4 Wochen vereinbart.

Dagegen setzte sich während der Geltung des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934 die Auffassung durch, daß die §§ 124a GewO und 83a ABG auch auf Vertrauensmänner anzuwenden sind. Im Gegensatz zu den Mitgliedern der Betriebsvertretungen nach dem Betriebsrätegesetz von 1920 könnte einem Vertrauensmann nicht ordentlich gekündigt werden, es sei denn, daß die Kündigung bedingt sei durch eine Stillegung des Betriebes oder einer Betriebsabteilung. Unerheblich sei es, daß die Kündigung nicht durch Vertrag, sondern durch das Gesetz ausgeschlossen worden sei. Je länger eine Bindung an ein Dauerverhältnis sei, um so größer sei das Bedürfnis, dieses zu lösen, wenn Umstände eintreten, die ein gedeihliches Zusammenarbeiten unmöglich machen. Diesem Grundsatz würden auch die §§ 124a GewO und 83a ABG Rechnung tragen. Der Arbeitgeber müsse die Möglichkeit haben, auch einen Vertrauensmann, des-

1) RAG in ARS 4, 123, 11, 237, 23, 183; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch 3. - 5. Aufl., Bd. I, S. 386 Anm. 4; Flatow-Kahn-Freund, BRG, § 96 Anm. 11b; a. A.: Potthoff, NZfA 1926, 522

sen ordentliche Kündigung ihm verwehrt sei, bei Vorliegen eines jeden wichtigen Grundes fristlos zu entlassen. Daher seien die §§ 124a GewO und 83a ABG auch auf Vertrauensmänner anwendbar [1].

Auch in der Zeit nach 1945 bis zum Erlaß des Kündigungsschutzgesetzes von 1951 waren die Meinungen darüber geteilt, ob die §§ 124a GewO und 83a ABG auf Betriebsratsmitglieder anzuwenden sind. Nipperdey [2], Hueck [3] und das Landesarbeitsgericht Düsseldorf [4] bejahten ihre Anwendbarkeit auf Betriebsratsmitglieder im Bereich des Kontrollratsgesetzes Nr. 22. Dagegen lehnten die Landesarbeitsgerichte Hamburg [5] und Stuttgart [6] sie ab. Als im Jahre 1951 das Kündigungsschutzgesetz in Kraft trat, das die ordentliche Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied für unzulässig erklärte, wurde diese Frage erneut diskutiert. Nach herrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung [7] sollen die §§ 124a GewO und 83a ABG auch auf Betriebsratsmitglieder anzuwen-

---

1) Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, § 14 Anm. 32; Stirtzke, JW 1934, 599; RAG in ARS 24, 142; LAG Essen in ARS 26, 18; LAG Köln in ARS 26, 102; LAG München in ARS 22, 161 und 25, 113
A. A.: Mansfeld-Pohle, AOG, § 14 Anm. 3c bb; Mansfeld, Anm. zu RAG in ARS 24, 142

2) Nipperdey, BB 1950, 398

3) Hueck, Anm. zu LAG Düsseldorf, RdA 1950, 447

4) LAG Düsseldorf, RdA 1950, 472

5) LAG Hamburg, ARSt. III, Ziff. 276

6) LAG Stuttgart, WA 1950, 86

7) Hueck, BB 1952, 467 und KSchG, § 13 Anm. 15 und Anm. zu RAG in AP Nr. 3 zu § 13 KSchG; Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 5; Rohlfing, KSchG, § 13 Anm. 10; Dietz, BetrVerfG, § 53 Anm. 11a; Galperin-Siebert, BetrVerfG, vor § 21 Anm. 25; Meissinger, BetrVerfG, § 53 Anm. 7c; Landmann-Rohmer, GewO, § 124a Anm. 2a; Monjau-Heimeier, KSchG, § 13 Anm. 2; Heimeier, Betrieb 1951, 918; Bertermann, BlStR 1953, 285; Oehmann, BB 1953, 920 und AuR 1954, 171; Schuldt, AuR 1955, 114; Butz, Anm. zu LAG Düsseldorf in SAE 1954, Nr. 11; Geck, Anm. zu ArbG Karlsruhe, SAE 1954, Nr. 4; Trieschmann, RdA 1956, 262; BAG in AP Nr. 2 zu § 13 KSchG und in AP Nr. 3 zu § 13 KSchG; LAG Hamburg in ARSt. X, Ziff. 616 und VIII, Ziff. 123; LAG München in BB 1953, 859; LAG Düsseldorf in SAE 1954, Nr. 11, in Betrieb 1954, 108; 1955, 492 und ARSt. VIII, Ziff. 412; LAG Hamm, SAE 1955, Nr. 62, Betrieb 1952, 372 und 718, in AP 1953, Nr. 93 und BB 1952, 830; LAG Frankfurt in AP 1953, Nr. 97

den sein. Dagegen lehnen Güntner [1], Bovensiepen [2], Weidner [3], Bühring-Wittholz-Paulsen [4], Mayr [5] und van Gelder-Böttner [6] die Anwendbarkeit der §§ 124a GewO und 83a ABG auf Betriebsratsmitglieder ab. Einen Mittelweg wollen Nikisch [7] und Schnorr von Carolsfeld [8] einschlagen. Danach soll ein Betriebsratsmitglied zwar aus jedem wichtigen Grund gemäß §§ 124a GewO und 83a ABG entlassen werden können, aber nur mit einer Kündigungsfrist von 2 Wochen.

Die Vertreter der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung führen zur Begründung ihrer Auffassung an, daß die Voraussetzungen der §§ 124a GewO und 83a ABG sinngemäß auch für gewerbliche Arbeiter und Bergarbeiter zutreffen würden, solange diese dem Betriebsrat angehören. Wenn schon jedem gewerblichen Arbeiter aus wichtigem Grund fristlos gekündigt werden könne, sobald eine längere als 14-tägige Kündigungsfrist vereinbart worden sei, so müßten Betriebsratsmitglieder erst recht aus jedem wichtigen Grund entlassen werden können, da ihnen gegenüber während der Amtsdauer überhaupt nicht gekündigt werden könne. Die abschließende Aufzählung der Kündigungsgründe in den §§ 123 GewO und 82 ABG sei zwar bei einer 14-tägigen Kündigungsfrist tragbar, nicht aber bei einem unkündbaren Arbeitsverhältnis. Für den Zweck, der den §§ 124a GewO und 83a ABG zugrundeliege, nämlich dann, wenn ein gedeihliches Zusammenarbeiten durch einen bestimmten Umstand nicht mehr möglich sei und auch die Einhaltung einer Kündigungsfrist nicht zumutbar erscheine, eine sofortige Lösung zu ermöglichen, sei es unerheblich, ob die Beteiligten durch Vertrag oder durch Gesetz auf längere Zeit aneinander gebunden seien. Die Anwendung der §§ 124a GewO und 83a ABG auf gewerbliche Arbeiter und Bergarbeiter, solange sie dem Betriebsrat angehören, bedeute für diese auch keine Schlechterstellung, die durch § 83 Abs. 2 BetrVerfG verboten sei [9]. Es läge nur eine scheinbare, keine tatsächliche Benachteiligung vor [10]. Durch den besonders starken Kündigungsschutz, den die Betriebsratsmitglieder genießen würden, würde dieser Nachteil bei wei-

---

1) Güntner, AuR 1953, 264, NJW 1955, 571
2) Bovensiepen, BB 1953, 711
3) Weidner, AuR 1954, 84
4) Bühring-Wittholz-Paulsen, KSchG, § 13 Anm. 7
5) Mayr, KSchG, § 13 Anm. 3
6) van Gelder und Böttner in AuR 1969, 138 f.
7) Nikisch, Lehrb., Bd. I, S. 806, Anm. 18
8) Lehrbuch des Arbeitsrechts, S. 396
9) BAG in AP Nr. 2 zu § 13 KSchG; LAG Hamm in AR-Blattei, Betriebsverfassung (Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder), Entsch. 2
10) LAG Hamm a. a. O.

tem ausgeglichen werden [1]. Auch könne ein gewerblicher Arbeiter bzw. Bergarbeiter, der Mitglied des Betriebsrates ist, nun seinerseits das Arbeitsverhältnis ebenfalls aus jedem wichtigen Grund fristlos lösen. Dies zeige, daß von einer Schlechterstellung des Betriebsratsmitgliedes nicht gesprochen werden könne [2]. Es läge nur eine in der Sache begründete andere Behandlung des Arbeitsverhältnisses eines Betriebsratsmitgliedes vor [3]. Die Anwendung der §§ 124a GewO und 83a ABG verstoße auch deswegen nicht gegen § 53 Abs. 2 BetrVerfG, weil die Benachteiligung nicht wegen der Betriebsratstätigkeit, sondern wegen der Betriebsratseigenschaft erfolge und nur die erstere durch § 53 Abs. 2 BetrVerfG untersagt sei [4]. Das Benachteiligungsverbot nach § 53 Abs. 2 BetrVerfG richte sich nur gegen Benachteiligungen durch den Arbeitgeber oder einen Dritten; dagegen sei ein Nachteil, der sich aus dem Gesetz ergebe, nicht durch § 53 Abs. 2 BetrVerfG ausgeschlossen [5].

Gegen die Möglichkeit, die §§ 124a GewO und 83a ABG auf gewerbliche Arbeiter und Bergarbeiter anzuwenden, die Mitglieder des Betriebsrates sind, erhebt Weidner [6] den Einwand, es läge überhaupt keine Unkündbarkeit vor, sondern nur eine durch das Arbeitsgericht aufhebbare Immunität. Das ergäbe sich aus § 23 BetrVerfG, nach dem ein Betriebsratsmitglied auf Antrag aus dem Betriebsrat ausgeschlossen werden könne, wenn eine grobe Vernachlässigung seiner gesetzlichen Befugnisse oder eine grobe Verletzung seiner gesetzlichen Pflichten vorliege. Zur Aufhebung dieser Immunität genüge jede Handlung oder Unterlassung, durch die die Arbeit oder der Frieden des Betriebes gefährdet werde. Für die Beurteilung der Gründe, wann eine solche Handlung vorliege, sollten die Grundsätze der §§ 124a GewO und 83a ABG Anwendung finden. Das Arbeitsverhältnis eines Betriebsratsmitgliedes, dem als gewerblicher Arbeiter oder Bergarbeiter nur aus den in den §§ 123 GewO und 82 ABG genannten Gründen fristlos gekündigt werden könne, könne nur nach Aufhebung der Immunität aufgelöst werden, wenn ein Grund vorliege, der nicht in diesen Bestimmungen angeführt, aber als wichtiger Grund im Sinne der §§ 124a GewO und 83a ABG anzusehen sei. In einem solchen Falle müsse also der Arbeitgeber zunächst den Antrag auf Ausschluß aus dem Betriebsrat bei dem Arbeitsgericht stellen. Mit diesem An-

---

1) BAG a. a. O.; LAG Hamm a. a. O.; LAG Düsseldorf in AR-Blattei, Betriebsverfassung IX, Entsch. 1, Hueck, Anm. dazu; Trieschmann in RdA 1956, 262

2) BAG in AP Nr. 2 zu § 13 KSchG

3) BAG a. a. O.; Schuldt, AuR 1955, 114

4) Oehmann in BB 1953, 920 und in AuR 1954, 172

5) ArbG Karlsruhe in SAE 1954, Nr. 4; Auffarth-Müller, KSchG, § 13 Anm. 4

6) Weidner, AuR 1954, 85

trag könne er schon die Kündigung unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist aussprechen. Die Kündigung würde jedoch erst dann wirksam, wenn das Arbeitsgericht dem Antrag entsprochen habe. Gäbe man dem Arbeitgeber das Recht, das Betriebsratsmitglied gemäß § 124a GewO und 83a ABG fristlos zu entlassen, so habe der Arbeitgeber unter Umständen selbst die Möglichkeit, also ohne einen Antrag vor dem Arbeitsgericht zu stellen, die Immunität eines Betriebsratsmitgliedes aufzuheben. Als Beispiel führt Weidner folgenden Fall an: Ein Betriebsrat verlangt vom Arbeitgeber die Entlassung eines Mitgliedes, der durch sein unsoziales oder gesetzwidriges Verhalten den Betriebsfrieden ernstlich gestört habe (§ 66 Abs. 4 BetrVerfG). Der Arbeitgeber könne diesem Verlangen nicht entsprechen; vielmehr müsse er zunächst ein Ausschlußverfahren gemäß § 23 BetrVerfG beantragen. Würde man die Anwendung der §§ 124a GewO und 83a AGB zulassen, so hätte - nach Ansicht von Weidner - der Arbeitgeber die Möglichkeit, einseitig unter Ausschaltung des Arbeitsgerichtes die Immunität eines Betriebsratsmitgliedes aufzuheben, indem er das Betriebsratsmitglied gemäß den §§ 124a GewO und 83a ABG fristlos entlasse. Denn ein unsoziales oder gesetzwidriges Verhalten, durch das der Betriebsfrieden ernstlich gestört werde (§ 66 Abs. 4 BetrVerfG), könne als ein wichtiger Grund im Sinne von §§ 124a GewO und 83a ABG angesehen werden.

Güntner [1] versucht zunächst aus dem Wortlaut des § 13 KSchG, der mangels Eindeutigkeit der Auslegung bedürfe, die herrschende Meinung zu widerlegen. Bei der Auslegung dürfe nicht nur das Kündigungsschutzgesetz zu Hilfe genommen werden, sondern man müsse § 13 KSchG in Verbindung mit anderen Gesetzen, nämlich der Gewerbeordnung und dem Allgemeinen Berggesetz bringen. § 13 Abs. 1 KSchG, der für die Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes das Vorliegen eines Grundes verlange, der den Arbeitgeber nach dem Gesetz zur fristlosen Kündigung berechtige, knüpfe an die unterschiedliche Regelung der außerordentlichen Kündigung durch die Gewerbeordnung und das Allgemeine Berggesetz an. Durch diese Gesetzesfassung habe der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen wollen, daß er die unterschiedliche Regelung der außerordentlichen Kündigung nach der Gewerbeordnung und dem Allgemeinen Berggesetz auch für Betriebsratsmitglieder beibehalten wolle. Hätte der Gesetzgeber beabsichtigt, zur außerordentlichen Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied jeden wichtigen Grund genügen zu lassen, dann wäre die umständliche Umschreibung in § 13 Abs. 1 KSchG überflüssig gewesen. Vielmehr hätte der Gesetzgeber in diesem Fall den wichtigen Grund als Norm für eine zulässige Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied bestimmen können. Da er dies nicht getan habe, so müsse daraus die Absicht des Gesetzgebers entnommen werden, daß das Kündi-

---

1) Güntner, AuR 1953, 265

gungsrecht des Arbeitgebers gegenüber Betriebsratsmitgliedern nicht verschärft werden sollte, also die §§ 124a GewO und 83a ABG nicht auf Betriebsmitglieder angewandt werden sollten, die gewerbliche Arbeiter oder Bergarbeiter sind. Dieser Ansicht stände nicht entgegen, daß während der Geltung des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Ordnung die §§ 124a GewO und 83a ABG auf Vertrauensmänner angewandt worden seien [1]. Da der Gesetzgeber die gegenständliche Formulierung des § 14 AOG gewählt habe in der Kenntnis, daß vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit nach ganz überwiegender Meinung die §§ 124a GewO und 83a ABG nicht auf Betriebsratsmitglieder angewandt worden seien, die gewerbliche Arbeiter oder Bergarbeiter waren, habe er zum Ausdruck gebracht, daß es auch hinsichtlich einer Kündigung gegenüber einem Vertrauensmann beim alten Rechtszustand verbleiben sollte. § 14 AOG sei jedoch falsch ausgelegt worden, da nach herrschender Meinung eine Kündigung gegenüber einem Vertrauensmann auch nach den §§ 124a GewO und 83a ABG für zulässig erklärt worden sei. Diese "falsche Auslegung" hindere jedoch nicht, daß man heute bei einer Interpretation des § 13 KSchG wieder an den Rechtszustand anknüpfe, der zur Zeit der Schaffung des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit herrschte, aus dem § 13 KSchG übernommen worden sei. Schließlich würden gegen die herrschende Meinung teleologische Gesichtspunkte sprechen [2]. Gewerbliche Arbeiter und Bergarbeiter würden eine rauhere Sprache sprechen als z. B. Angestellte, wenn sie als Mitglieder eines Betriebsrates Verhandlungen mit dem Arbeitgeber führen müßten. Diese Erscheinung sei ein Charakterzug von Menschen, die eine überwiegend körperliche Tätigkeit ausübten. Sie ließen sich leicht zu einem unüberlegten Wort hinreißen. Genüge nun jeder wichtige Grund, um einen gewerblichen Arbeiter oder Bergarbeiter, der Mitglied des Betriebsrates ist, zu entlassen, so bestehe die Gefahr, daß der Arbeitgeber jedes unbeherrschte Wort zum Anlaß nehme, um ein lästiges Betriebsratsmitglied aus dem Betriebsrat zu entfernen. Komme es deswegen zu einem Prozeß, so würde der Arbeitgeber, falls er merke, daß das Arbeitsgericht den Vorfall nicht als wichtigen Grund ansehen, in der Regel versuchen, andere schon zurückliegende Gründe nachzuschieben. Ein solcher Kündigungsstreit erschwere oft ein gedeihliches Zusammenarbeiten. Dagegen würde der Arbeitgeber durch eine Regelung, nach der eine Kündigung nur aus ganz bestimmten Tatbeständen zulässig sei, gehindert werden, unbedacht aus einem angeblichen wichtigen Grund eine Kündigung auszusprechen. Dadurch würde dem Zweck der Kündigungsschutzvorschriften für Betriebsratsmitglieder eher entsprochen.

Ferner ist Güntner [3] der Ansicht, daß die Vorschriften der §§ 124a GewO und

1) Güntner, AuR 1953, 266
2) wie 1)
3) AuR 1953, 266

83a ABG auch deswegen nicht zur Anwendung kommen könnten, weil diese Bestimmungen die Verschärfung des außerordentlichen Kündigungsrechts von einer vertraglichen Verlängerung der Kündigungsfrist abhängig machen würden; sie könnten daher nicht angewandt werden, wenn die Verlängerung der Kündigungsfrist auf einer gesetzlichen Bestimmung beruhe. Es reiche nicht aus, daß zur Zeit des Erlasses dieser Bestimmungen eine längere als 14-tägige gesetzliche Kündigungsfrist nicht bekannt gewesen sei [1].

Schließlich wird gegen eine Anwendung der §§ 124a GewO und 83a ABG vorgebracht, daß dies eine Benachteiligung der Betriebsratsmitglieder bedeuten würde, die gemäß § 53 Abs. 2 BetrVerfG verboten sei [2]. Denn der gewerbliche Arbeiter bzw. Bergarbeiter hätte vor der Übernahme des Betriebsratsamtes nur aus den in den §§ 123 GewO und 82 ABG aufgeführten Gründen fristlos entlassen werden können. Würde man zur fristlosen Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes jeden wichtigen Grund gemäß §§ 124a GewO und 83a ABG genügen lassen, so wäre das Betriebsratsmitglied schlechter gestellt als vorher, während der Zweck des § 13 KSchG gerade ein verstärkter Kündigungsschutz sei. Zwar sei die Rechtsposition eines Betriebsratsmitgliedes durch den Ausschluß des ordentlichen Kündigungsrechts des Arbeitgebers insgesamt stärker als die der übrigen Arbeitnehmer; jedoch genüge nicht, daß insgesamt betrachtet sich ein Betriebsratsmitglied besser stehen, sondern es dürfe in einem konkreten Fall nicht ungünstiger gestellt werden.

Der von Weidner gegen die herrschende Meinung vorgebrachte Einwand, es läge überhaupt keine Unkündbarkeit der Betriebsratsmitglieder vor, sondern nur eine durch das Arbeitsgericht aufhebbare Immunität, ist unzutreffend. Zwar kann ein Betriebsratsmitglied unter gewissen Voraussetzungen gemäß § 23 BetrVerfG aus dem Betriebsrat ausgeschlossen werden, so daß es damit dann den Kündigungsschutz gemäß § 13 KSchG verliert. Es ist jedoch abzulehnen, statt von grundsätzlicher Unkündbarkeit von Immunität zu reden [3]. Die Möglichkeit, ein Betriebsratsmitglied gemäß § 23 BetrVerfG aus dem Betriebsrat ausschließen zu lassen, und die Möglichkeit, ein Betriebsratsmitglied unter gewissen Voraussetzungen fristlos zu entlassen, müssen auseinandergehalten werden. Gemäß § 23 BetrVerfG kann ein Betriebsratsmitglied nur aus solchen Gründen ausgeschlossen werden, die einen Verstoß gegen seine Amtspflichten darstellen [4]. Eine Verletzung der Pflichten

---

1) Ebenso Gross, AuR 1953, 346 ff.

2) Bührig-Wittholz-Paulsen, KSchG, § 13 Anm. 7; Mayr, KSchG, § 13 Anm. 3; Bovensiepen in BB 1953, 712; van Gelder u. Böttner in AuR 1969, 140

3) Oehmann, AuR 1954, 171

4) Dietz, BetrVerfG, § 23 Anm. 4; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, BetrVerfG, § 23 Anm. 8; Galperin-Siebert, BetrVerfG, § 23 Anm. 23 und 24; Erdmann, BetrVerfG, Anm. zu § 23

aus dem Arbeitsverhältnis genügt dazu nicht. Auch die Behauptung, der Arbeitgeber habe die Möglichkeit, die Immunität eines Betriebsratsmitgliedes einseitig aufzuheben, wenn man eine Kündigung aus jedem wichtigen Grunde gemäß §§ 124a GewO und 83a ABG zuläßt, ist nicht haltbar [1]. Denn der Arbeitgeber hat diese Möglichkeit allen Betriebsratsmitgliedern gegenüber, die nicht gewerbliche Arbeiter und Bergarbeiter sind und deshalb aus jedem wichtigen Grund fristlos entlassen werden können. Es ist nicht einzusehen, weshalb das bei Betriebsratsmitgliedern, die gewerbliche Arbeiter oder Bergarbeiter sind, anders sein soll. Im übrigen wird auch nicht das Arbeitsgericht völlig ausgeschaltet. Denn das fristlos gekündigte Betriebsratsmitglied hat ja die Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit seiner Entlassung nachprüfen zu lassen. Schließlich kann das Ausschlußverfahren gemäß § 23 BetrVerfG geraume Zeit in Anspruch nehmen [2]. Im Einzelfall kann durchaus die Möglichkeit bestehen, daß dem Arbeitgeber beide Wege offen stehen, um ein Betriebsratsmitglied aus dem Betriebsrat zu entfernen, wenn eine Pflichtverletzung vorliegt, die sowohl als Amtspflichtsverletzung als auch als Arbeitsvertragsverletzung anzusehen ist. Grundsätzlich muß jedoch an dem Unterschied zwischen diesen beiden Möglichkeiten festgehalten werden.

Auch das Argument Güntners, der Gesetzgeber habe schon durch die Fassung des § 13 KSchG seinen Willen zum Ausdruck gebracht, die unterschiedliche Regelung der außerordentlichen Kündigung nach der Gewerbeordnung und dem Allgemeinen Berggesetz auch für Betriebsratsmitglieder beizubehalten, ist nicht überzeugend. Die geschichtliche Entwicklung des § 13 KSchG spricht gegen eine solche Absicht des Gesetzgebers. Die Fassung des § 13 Abs. 1 KSchG stimmt wörtlich mit § 14 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. 1. 1934 überein. Wie oben gesagt, ging während der Geltung des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit die durchaus herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung dahin, daß §§ 124a GewO und 83a ABG auf Vertrauensmänner anzuwenden sind. Wenn der Gesetzgeber die von Güntner behauptete Ansicht gehabt hätte, dann hätte er § 13 KSchG so fassen können, daß ein Streit darüber ausgeschlossen ist. Da er dies nicht getan hat, kann aus der Fassung des § 13 KSchG nicht die von Güntner behauptete Absicht des Gesetzgebers hergeleitet werden. Güntner berücksichtigt bei seiner Argumentation auch nicht den Unterschied des Kündigungsschutzes der Betriebsratsmitglieder nach dem Betriebsrätegesetz von 1920 und dem der sogenannten Vertrauens-

---

1) Oehmann, AuR 1954, 172

2) Der Verlust des Amtes tritt erst mit Rechtskraft ein (Fitting-Kraegeloh-Auffarth, BetrVerfG, § 23 Anm. 12; Dietz, BetrVerfG, § 23 Anm. 18)

männer nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Zur Zeit des Betriebsrätegesetzes von 1920 war die ordentliche Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied, der mit einer Frist von 14 Tagen entlassen werden konnte, nicht ausgeschlossen, sondern lediglich an die Zustimmung des Betriebsrates bzw. des Arbeitsgerichts gebunden. Dagegen hat das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit die ordentliche Kündigung gegenüber Vertrauensmännern ganz ausgeschlossen; deshalb ging die herrschende Meinung dahin, die §§ 124a GewO und 83a ABG auch auf Vertrauensmänner anzuwenden. Ebenfalls ist die Ansicht unzutreffend, daß eine kasuistische Aufzählung der Kündigungsgründe dem Zweck des Kündigungsschutzes für Betriebsratsmitglieder eher entsprechen würde, da in einer kasuistischen Aufzählung der Kündigungsgründe nicht alle möglichen Gründe erfaßt werden können und dadurch unbefriedigende Ergebnisse entstehen. Im übrigen kann von dieser Zweckmäßigkeitserwägung die Entscheidung der Frage, ob die §§ 124a GewO und 83a ABG zur Anwendung kommen, nicht abhängig gemacht werden.

Dagegen ist dem Argument Güntners beizupflichten, daß die §§ 124a GewO und 83a ABG nicht zur Anwendung kommen können, weil sie nur von einer vertraglichen Verlängerung der Kündigungsfrist sprechen. Für die Prüfung der Frage, ob die §§ 124a GewO und 83a ABG auf gewerbliche Arbeiter und Bergarbeiter anwendbar sind, solange sie dem Betriebsrat angehören, sind die §§ 124a GewO und 83a ABG auszulegen. Bei der Auslegung dieser Bestimmungen ist von ihrem Wortlaut auszugehen. Die Bedeutung der vom Gesetzgeber gebrauchten Begriffe muß ermittelt werden. Nach den §§ 124a GewO und 83a ABG ist das außerordentliche Kündigungsrecht gegeben, "wenn das Arbeitsverhältnis auf mindestens 4 Wochen oder wenn eine längere als 14-tägige Kündigungsfrist vereinbart ist". "Vereinbart" bedeutet eine rechtsgeschäftliche Willenseinigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Da der Begriff "vereinbart" eindeutig ist und kein Anhaltspunkt vorliegt, daß der Gesetzgeber sich bei der Wortwahl geirrt hat, sind die Voraussetzungen der §§ 124a GewO und 83a ABG dann nicht erfüllt, wenn durch Gesetz eine längere als 14-tägige Kündigungsfrist vorgeschrieben ist. Auch ist durch § 13 KSchG die Kündigungsfrist weder verlängert, noch das Arbeitsverhältnis auf mehr als 4 Wochen befristet; vielmehr schließt § 13 KSchG die ordentliche Kündigung für die Dauer der Amtszeit der Betriebsratsmitglieder aus [1]. Eine direkte Anwendung der §§ 124a GewO und 83a ABG scheidet daher aus. Auch eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen ist nicht möglich. Denn die §§ 124a GewO und 83a ABG sind rechtssystematisch Ausnahmevorschriften zu den §§ 123, 124 GewO und 82, 83 ABG. Es ist nicht möglich, im Wege einer analogen Anwendung die Grundsatzregelung zu überspielen [2].

1) Ebenso auch van Gelder und Böttner in AuR 1969, 140 f.

2) Enneccerus-Nipperdey, S. 297

Die Anwendung der §§ 124a GewO und 83a ABG verstößt auch gegen die Vorschrift des § 53 Abs. 2 BetrVerfG, die es verbietet, daß Mitglieder des Betriebsrates um ihrer Tätigkeit willen benachteiligt oder begünstigt werden. Verboten sind nach § 53 Abs. 2 BetrVerfG nicht nur Benachteiligungen von Betriebsratsmitgliedern wegen ihrer Betriebsratstätigkeit, sondern auch wegen ihrer Betriebsratseigenschaft. Zwar ist es richtig, daß Nachteile, die sich aus dem Gesetz ergeben nicht von § 53 Abs. 2 BetrVerfG erfaßt werden. Aber die Anwendung der §§ 124a GewO und 83a ABG ergibt sich nicht aus dem Gesetz. Auch die Vertreter der herrschenden Meinung und die Rechtsprechung stellen nicht in Abrede, daß die Voraussetzungen einer Anwendung der §§ 124a GewO und 83a ABG unmittelbar nicht vorliegen. Sie bejahen vielmehr die Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf gewerbliche Arbeiter und Bergarbeiter, solange sie dem Betriebsrat angehören, weil sie die Voraussetzungen der §§ 124a GewO und 83a ABG "sinngemäß" für erfüllt ansehen. Der diesen Vorschriften zugrundeliegende Zweckgedanke soll nach herrschender Meinung eine entsprechende Anwendung rechtfertigen [1].

Die §§ 124a GewO und 83a ABG werden also von der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der Literatur nicht direkt, sondern nur entsprechend angewandt. Daher ist die sich daraus ergebende Erweiterung der Kündigungsgründe keine gesetzliche Folge, sondern nur die Folge, die sich durch die analoge Anwendung der §§ 124a GewO und 83a ABG durch die Rechtsprechung und die herrschende Meinung in der Literatur ergibt. Die dadurch verursachte Schlechterstellung verstößt gegen das Benachteiligungsverbot des § 53 Abs. 2 BetrVerfG [2].

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß die §§ 124a GewO und 83a ABG nicht auf gewerbliche Arbeiter und Bergarbeiter anwendbar sind, wenn sie dem Betriebsrat angehören.

b) Ist die Betriebsratseigenschaft bei der Beurteilung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, zu berücksichtigen?

Für die Voraussetzungen, wenn ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung vorliegt, gelten die gleichen Regeln wie für eine Kündigung gegenüber einem anderen Arbeitnehmer [3]. Ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung ist nach herrschender Meinung jeder Anlaß, der unter Berücksichtigung aller Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis seine Fortsetzung dem Arbeitgeber un-

---

1) Siehe hierzu insbesondere BAG in AP Nr. 2 zu § 13 KSchG
2) Ebenso auch van Gelder und Böttner, AuR 1969, 140
3) Hueck, KSchG, § 13 Anm. 18

zumutbar macht [1]. Früher stritt man darüber, ob auch Amtspflichtsverletzungen einen Grund zur fristlosen Kündigung darstellen. Flatow-Kahn-Freund [2] vertreten die Ansicht, daß eine gröbliche Pflichtverletzung, wobei ein strenger Maßstab anzulegen sei, ein Recht zur fristlosen Kündigung gewähre. Diese Auffassung wurde jedoch von der herrschenden Meinung abgelehnt [3]. Eine reine Amtspflichtverletzung könne keine fristlose Kündigung zur Folge haben, sondern nur eine Abberufung des Betriebsratsmitgliedes aus dem Betriebsrat rechtfertigen. In vielen Fällen bedeute aber eine Amtspflichtverletzung zugleich auch eine Verletzung des Vertragsverhältnisses.

Nach der heute im Schrifttum [4] und in der Rechtsprechung [5] überwiegenden Ansicht genügt eine Amtspflichtverletzung nicht zu einer fristlosen Kündigung. Nur dann, wenn die Amtspflichtverletzung gleichzeitig auch einen Verstoß gegen eine arbeitsvertragliche Pflicht enthält, ist eine fristlose Kündigung gerechtfertigt. Dagegen lassen Monjau-Heimeier [6] und das Landesarbeitsgericht Hamm [7] auch eine Amtspflichtverletzung als wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung genügen. Zwar rechtfertige in der Regel eine reine Amtspflichtverletzung keine fristlose Entlassung, aber auch eine Amtspflichtverletzung könne u. U. die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber unzumutbar machen [7]. Diese Meinung muß jedoch abgelehnt werden. Liegt nur eine Amtspflichtsverletzung vor, die nicht zugleich auch eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung bedeutet, so kann der Arbeitgeber deshalb das Arbeitsverhältnis nicht kündigen; denn die Erfüllung der Amtspflicht ist nicht Inhalt des Arbeitsverhältnisses. Es besteht auch kein Bedürfnis, dem Arbeitgeber eine Kündigungsmöglichkeit zu geben, da der Arbeitgeber bei einer Amtspflichtverletzung gemäß § 23 BetrVerfG beim Arbeitsgericht den Antrag auf Amtsenthebung des Betriebsratsmitgliedes stellen kann.

Bei der Prüfung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, sind grundsätzlich alle mit dem

---

1) LAG Düsseldorf in ARSt. XIV, Ziff. 386
2) Flatow-Kahn-Freund, BRG, § 96 Anm. X (S. 598)
3) RAG in ARS 32, 303; 33, 85; 34, 282
4) Hueck, KSchG, § 13 Anm. 9 und in BB 1952, 467; Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. §; Rohlfing, KSchG, § 13 Anm. 11; Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 806; Mendigo, AuR 1955, 128
5) BAG in AP Nr. 2 zu § 13 KSchG; LAG Düsseldorf in Betrieb 1954, 656 und 1955, 412; LAG Hannover in BB 1955, 510; LAG Frankfurt in AP 1950 Nr. 243
6) Monjau-Heimeier, KSchG, § 13 Anm. 2 Abs. 4, S. 100
7) LAG Hamm in Betrieb 1951, 508
8) LAG Hamm a. a. O.

Anlaß der Kündigung zusammenhängenden Umstände heranzuziehen, insbesondere muß die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb berücksichtigt werden [1]. Das darf aber nicht dazu führen, daß die gesamte "Situation" des Arbeitgebers gegen die "Situation" des Arbeitnehmers "abgewogen" wird; vielmehr sind die einzelnen Tatsachen festzustellen und einzeln zu würdigen [2]. Sehr zweifelhaft ist aber, ob das Gericht bei der Feststellung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, auch die Eigenschaft des Arbeitnehmers als Betriebsratsmitglied zu beachten hat. Zwei Fragen müssen dabei unterschieden werden. Zunächst könnte eine Arbeitsvertragsverletzung eines Betriebsratsmitgliedes deswegen schwerer oder leichter wiegen, weil dieser Arbeitnehmer Mitglied des Betriebsrates ist. Außerdem fragt sich, ob das Interesse der Belegschaft an der Kontinuität des Betriebsrates und an der Erhaltung eines fähigen Betriebsratsmitgliedes zu berücksichtigen ist, d. h. ob das Interesse des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis zu lösen, dem Interesse der Belegschaft weichen muß, die diesen Arbeitnehmer gern weiterhin im Betriebsrat tätig sehen möchte.

Ob durch die Wahl in den Betriebsrat der arbeitsvertragliche Pflichtenkreis erhöht wird, ist umstritten. Die herrschende Meinung [3] hebt hervor, daß das Betriebsratsamt ohne Einfluß auf den Umfang der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis sei. Hinsichtlich der Schwere einer Pflichtverletzung würde das Betriebsratsmitglied jedem anderen Arbeitnehmer gleichstehen.

Demgegenüber vertreten Götz Hueck [4], die Landesarbeitsgerichte Düsseldorf [5], Frankfurt [6], Stuttgart [7] sowie das Arbeitsgericht Bremen [8] die Ansicht, eine Arbeitsvertragsverletzung eines Betriebsratsmitgliedes wiege besonders schwer, da von ihm in besonderem Maße eine ordnungsmäßige Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten erwartet werden müsse.

Schuldt [9] und das Landesarbeitsgericht Hamm [10] stellen an das Vorliegen

---

1) Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 806
2) Vergl. hierzu Ernst Wolf, NJW 1961, 8 ff. (9)
3) BAG in AP Nr. 2 und Nr. 3 zu § 13 KSchG; LAG Düsseldorf in Betrieb 1954, 416 und 856; LAG Hannover in BB 1953, 254; LAG München, ArbGeb. 1959, 565; Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, § 14, Anm. 34; Bertermann, BlStR 1953, 285; Schuldt, AuR 1955, 114; Trieschmann, BArbBl. 1956, 207
4) G. Hueck, Anm. zu LAG Frankfurt in AP 1953, Nr. 97
5) LAG Düsseldorf in AR-Blattei, Betriebsverfassung IX, Entsch. 1
6) LAG Frankfurt in AP 1953, Nr. 97
7) Betrieb 1952, 232
8) ArbG Bremen in BB 1956, 528
9) Schuldt in AuR 1955, 114
10) LAG Hamm in Betrieb 1951, 508 und 1952, 372

eines wichtigen Grundes strenge Anforderungen, sonst würde der Zweck des Kündigungsschutzes nicht erreicht. Denn oft gehe es gar nicht so sehr um den wichtigen Grund, sondern um Auseinandersetzungen zwischen dem Arbeitgeber und der Belegschaft, die durch den Betriebsrat vertreten wird. Häufig genüge schon die Innehabung des Betriebsratsamtes, um ein bis dahin gutes Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu beenden. Vielfach nehme der Arbeitgeber einen angeblich wichtigen Grund zum Vorwand, um den Arbeitnehmer aus dem Betriebsrat zu entfernen.

Rohlfing [1], Frey [2], Neumann-Duesberg [3] und das Landesarbeitsgericht Hamburg [4] sind der Meinung, daß Arbeitsvertragsverletzungen, die nur aus der Tätigkeit als Betriebsratsmitglied erklärbar sind, milder beurteilt werden sollen. Nach Neumann-Duesberg [5] soll eine leicht fahrlässige Vertragsverletzung eines Betriebsratsmitgliedes kein Grund zur fristlosen Kündigung sein, wenn zwischen dem Betriebsratsamt und dem vertragswidrigen Handeln ein Zusammenhang bestand. Dagegen sei keine mildere Beurteilung gerechtfertigt, wenn das Betriebsratsmitglied vorsätzlich oder grobfahrlässig gehandelt habe. Zur Begründung ihrer Auffassung führen Frey und Neumann-Duesberg an, Betriebsratsmitglieder befänden sich in einer typischen Gefahrenlage. Für sie gäbe es sehr viele "Stolpermöglichkeiten", da sie als Sprecher der Belegschaft die Auseinandersetzungen mit dem Arbeitgeber führen müßten, wobei sie sich leicht zu einer Beleidigung des Arbeitgebers hinreißen lassen könnten. Aus Rechtsirrtum widersetze sich manchmal ein Betriebsratsmitglied Maßnahmen des Arbeitgebers, weil es sie für ungesetzlich oder tarifwidrig ansehe, während sie in Wahrheit zulässig seien. Neumann-Duesberg zieht in diesem Zusammenhang eine Parallele zur Rechtsprechung über die gefahrengeneigte Tätigkeit.

Hinsichtlich Arbeitsvertragsverletzungen, die in keinem Zusammenhang mit der Betriebsratstätigkeit stehen, soll das Betriebsratsmitglied nach Ansicht von Neumann-Duesberg genau so wie andere Arbeitnehmer behandelt werden; die Betriebsratseigenschaft soll also nicht erschwerend wirken. Dagegen ist Frey der Auffassung, daß das Betriebsratsmitglied für solche Arbeitsvertragsverletzungen erschwerende Umstände verdiene. Die Mitglieder des Betriebsrates hätten in unserer gegenwärtigen Wirtschaftsordnung eine Autoritätsstellung erlangt; sie könnten weitgehend selbständig über die betrieblichen Sozialeinrichtungen verfügen. Die übrigen Arbeitnehmer sähen in ihnen oft Vorbilder und richteten ihr Verhal-

---

1) Rohlfing, KSchG, § 13 Anm. V.
2) Frey in AuR 1956, 169 ff.
3) Neumann-Duesberg in RdA 1962, 289 ff.
4) in ARSt. XIV, Ziff. 613
5) a. a. O. S. 298

ten nach dem der Betriebsratsmitglieder. Begehe ein Betriebsratsmitglied eine Pflichtverletzung aus dem Arbeitsverhältnis, so glaubten viele Belegschaftsmitglieder, sie dürften das auch tun. Daraus ergäbe sich, daß das Betriebsratsmitglied im besonderen Maße seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis erfüllen müsse. Verletze es sie, so wiege dies besonders schwer.

Der Ansicht, Arbeitsvertragsverletzungen, die mit der Betriebsratsfunktion zusammenhängen, müßten milder beurteilt werden, kann nicht gefolgt werden. Es ist zwar richtig, daß Betriebsratsmitglieder auf Grund ihrer Tätigkeit mitunter mehr als andere Arbeitnehmer in Gefahr sind, Arbeitsvertragsverletzungen zu begehen, jedoch rechtfertigt dies keine Sonderbehandlung der Betriebsratsmitglieder bei der Beurteilung der Frage, ob ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt. Betriebsratsmitglieder sind in gleicher Weise wie andere Arbeitnehmer gehalten, ihren Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nachzukommen. Der Gesetzgeber hat durch das Verbot der ordentlichen Kündigung die Betriebsratsmitglieder vor ungerechtfertigten Kündigungen durch den Arbeitgeber geschützt, um ihre Unabhängigkeit zu gewährleisten. Es wäre verfehlt, darüber hinaus auch noch an die Voraussetzungen des wichtigen Grundes schärfere Anforderungen als bei anderen Arbeitnehmern zu stellen.

Auch bei einer Verletzung einer sich aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Verpflichtung, die in keinem Zusammenhang mit der Betriebsratsfunktion steht, z. B. Übertretungen eines Rauchverbotes, Diebstahl von Werkzeugen, schuldhafte Arbeitsversäumnisse u. a. darf nur die Stellung des Betriebsratsmitgliedes als Arbeitnehmer berücksichtigt werden. Die Betriebsratsfunktion kann keine erschwerenden Umstände begründen. Denn das Betriebsratsamt vergrößert die arbeitsrechtlichen Pflichten nicht [1]. Der Betriebsrat ist kein Organ des Arbeitgebers, sondern die Vertretung der Belegschaft. Die Mitglieder des Betriebsrates stehen zu den übrigen Arbeitnehmern in keinem Vorgesetztenverhältnis. Die Betriebsratsmitglieder sind nicht verpflichtet, den übrigen Arbeitnehmern in der Arbeitserfüllung Vorbild zu sein. Im Betriebsverfassungsgesetz befindet sich keine Vorschrift, die wie § 10 des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit bestimmte, daß die sogenannten Vertrauensmänner den übrigen Betriebsangehörigen in der Diensterfüllung Vorbild sein sollten. Nach § 40 BetrVerfG sollen zwar Arbeitgeber und Betriebsrat im Rahmen der geltenden Tarifverträge vertrauensvoll zum Wohl des Betriebes und seiner Arbeitnehmer unter Berücksichtigung des Ge-

---

1) BAG in AP Nr. 2 und Nr. 3 zu § 13 KSchG; LAG Düsseldorf in Betrieb 1954, 416 und 656; LAG Hannover in BB 1953, 254; LAG München in ArbGeb 1959, 565; Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, § 14 Anm. 34; Bertermann, BlStR 1953, 285; Schuldt, AuR 1955, 114; Trieschmann, BArbBl. 1956, 207

meinwohls zusammenarbeiten. Aus § 49 BetrVerfG ergibt sich aber nicht, daß Betriebsratsmitglieder für die Einhaltung der Anordnungen des Arbeitgebers zu sorgen hätten. Die Tatsache allein, daß Betriebsratsmitglieder von manchen Belegschaftsmitgliedern zum Vorbild genommen werden und bei diesen ein hohes Ansehen genießen, vermag nicht, eine Pflicht zur besonders sorgfältigen und vorbildlichen Arbeitsvertragserfüllung zu begründen. Betriebsratsmitglieder sind also hinsichtlich einer Verletzung des Arbeitsvertrages, die nicht in einem Zusammenhang mit der Betriebsratstätigkeit steht, genau so wie jeder andere Arbeitnehmer zu behandeln.

Da bei der Prüfung der Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, alle mit dem Anlaß der Kündigung zusammenhängenden Umstände des Einzelfalles beachtet werden müssen, fragt es sich, ob und inwieweit auch das Interesse der Belegschaft an der Erhaltung eines fähigen Betriebsratsmitgliedes zu berücksichtigen ist. In der Literatur [1] wird die Auffassung vertreten, daß es dem Arbeitgeber zugemutet werden müsse, bei einem Betriebsratsmitglied, das sich besondere Verdienste für die Belegschaft erworben habe und das die Belegschaft nur schwer entbehren könne, in bestimmten Fällen von einer Kündigung abzusehen. Dabei müsse das Interesse des Arbeitgebers im Hinblick auf die Pflichtverletzung an der Lösung des Arbeitsverhältnisses und das Interesse der Belegschaft an dessen Erhaltung gegeneinander abgewogen werden. Überwiege das Interesse der Belegschaft, so müsse die Möglichkeit einer fristlosen Kündigung verneint werden.

Diese Ansicht muß jedoch abgelehnt werden. Zwar besteht ein berechtigtes Interesse der Belegschaft an der Kontinuität des Betriebsrates. Aber diesem Interesse hat der Gesetzgeber dadurch in ausreichendem Maße entsprochen, daß er die ordentliche Kündigung ausgeschlossen hat [2]. Bei der Entscheidung, ob es dem Arbeitnehmer unzumutbar ist, ein Betriebsratsmitglied weiter zu beschäftigen, dürfen nur das Interesse des Arbeitgebers an der Lösung des Arbeitsverhältnisses und das Interesse des Betriebsratsmitgliedes am Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses gegeneinander abgewogen werden [3].

---

1) Hueck, KSchG, § 13 Anm. 18 und in BB 1952, 467; Hueck-Nipperdey, Bd. I, S. 684, Anm. 40; Nikisch, Bd. I, S. 806; Schuldt, AuR 1953, 367. Ebenso auch LAG Ffm in AP 1953, Nr. 97

2) Neumann-Duesberg in RdA 1962, 295

3) Neumann-Duesberg a. a. O.

2. Sonderfälle der außerordentlichen Kündigung

a) Die Kündigung bei Betriebsstillegung

Gemäß § 13 KSchG ist eine Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied ferner zulässig, wenn der ganze Betrieb stillgelegt wird. Das Gesetz bestimmt den Begriff der Betriebsstillegung in § 13 Abs. 2 KSchG jedoch nicht, setzt ihn vielmehr voraus. Daher ist von dem Begriff der Betriebsstillegung auszugehen, der von der Wissenschaft und Rechtsprechung erarbeitet worden ist. Um die Frage zu beantworten, wann eine Betriebsstillegung vorliegt, muß zunächst geklärt werden, was man unter Betrieb zu verstehen hat. Dem von Jacobi in seiner Monographie "Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe" [1] entwickelten Begriff, hatte sich fast allgemein die damalige Literatur [2] und Rechtsprechung [3] angeschlossen [4]. Jacobi verstand unter Betrieb die Vereinigung von persönlichen, sachlichen und immateriellen Mitteln zur Verfolgung eines von einem oder mehreren Rechtssubjekten gemeinsam gesetzten technischen Zwekkes [5]. In der Rechtsprechung wird heute unter Betrieb in Anlehnung an die Definition des Reichsarbeitsgerichtes "die organische Zusammenfassung von technischen und persönlichen Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines bestimmten Zweckes in der Hand von physischen oder juristischen Personen" verstanden. Dieser sei ein selbständiger Organismus und stelle die Stätte der in ihm von dem Betriebsinhaber und der Arbeitnehmerschaft verrichteten Gemeinschaftsarbeit dar [6]. Nach Hueck [7] und Nikisch [8] ist "Betrieb die organisatorische Einheit, innerhalb deren ein Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von technischen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt". Diese Definition des Betriebsbegriffes sind jedoch ontologisch nicht einwandfrei, so daß dadurch juristische Fehler hervorgerufen werden, worauf Wolf [9] zu Recht hingewiesen hat. Da ein Betrieb kein Lebewesen ist, ist es terminologisch falsch von einem Or-

---

1) Jacobi, Leipzig 1926
2) Flatow-Kahn-Freund, BRG, § 8 Anm. 4; Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, § 4 Anm. 2
3) RAG in ARS 30, 323 und 26, 385
4) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. I, S. 92
5) Jacobi, a. a. O. S. 9, 36 ff.; Grundlehren, S. 286
6) Galperin-Siebert, BetrVerfG, § 1 Anm. 4
7) Hueck-Nipperdey, Bd. I, § 16, II (S. 93)
8) Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, § 18 I 5 (S. 150 f.)
9) In Festschrift für Hippel 1967, S. 672

ganismus oder einem organischen Zusammenschluß zu sprechen; einen organischen Zusammenschluß von sächlichen und persönlichen Mitteln kann es nicht geben [1]. Zu einem Betrieb gehören Sachen (Grundstücke, Gebäude, Maschinen u. a.), Rechte (z. B. Forderungen, Patentrechte), unkörperliche Werte (z. B. Beziehungen zu den Kunden) und Arbeitskräfte. Diese sind jedoch keine Bestandteile eines "Ganzen", sondern werden lediglich vom Betriebsinhaber als Bedingungen einer Produktion bestimmter Art zusammengestellt [2]. Betrieb ist daher "eine Gesamtheit von Gegenständen, die durch den Betriebsinhaber als Bedingungen einer bestimmten Produktion zusammengestellt wird" [3]. Eine Betriebsstillegung liegt dann vor, wenn der Betriebsinhaber die Produktion einstellt und die Gesamtheit von Gegenständen, die von ihm als Bedingungen einer bestimmten Produktion zusammengestellt worden sind, für einen erheblichen Zeitraum auflöst. Entscheidend dafür, ob eine Betriebstillegung vorliegt, ist der Wille des Unternehmers, sofern dieser zu einer tatsächlichen Auflösung der Sachgesamtheit als Bedingung einer bestimmten Produktion geführt hat. Der Grund der Betriebsstillegung ist unbeachtlich [4]. Nicht notwendig ist es, daß die Stillegung eine endgültige ist [5]. Mit dem Begriff der Betriebstillegung ist es durchaus vereinbar, daß der Arbeitgeber nach Beseitigung von Hindernissen den Betrieb fortführen will. Eine kurze Unterbrechung kann jedoch nur dann als Betriebstillegung angesehen werden, wenn sie zwar für längere Zeit beabsichtigt war, jedoch aus unvorhergesehenen Umständen eine vorzeitige Weiterführung des Betriebes möglich wurde [6]. Eine Scheinstillegung beseitigt den Kündigungsschutz nicht. Wird ein Betrieb kurze Zeit nach der Stillegung wieder eröffnet, dann besteht eine starke Vermutung, daß keine ernste Stillegungsabsicht vorgelegen hat [7].

Eine Betriebsverlegung ist nur dann als eine Stillegung anzusehen, wenn die Sachgesamtheit als Bedingungen einer bestimmten Produktion aufgelöst und eine völlig neue geschaffen wird. Dies ist dann nicht der Fall, wenn der größte Teil der Belegschaft an die neue Betriebsstätte übersiedelt und dort den Kern der Be-

---

1) Wolf a. a. O. S. 672
2) Wolf a. a. O. S. 673 f.
3) Wolf a. a. O. S. 674
4) Hueck-Nipperdey, Bd. I, S. 686 f.
5) Hueck, KSchG, § 13 Anm. 23; Dietz, BetrVerfG, § 72 Anm. 15; RAG in ARS 4, 72
6) RAG in ARS 4, 71; 14, 289; 17, 323; Hueck, KSchG, § 13 Anm. 23; Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 12; Dietz, BetrVerfG, § 72 Anm. 15
7) Hueck-Nipperdey, Bd. I, S. 687

legschaft bildet [1], da dann die Sachgesamtheit als Bedingung einer bestimmten Produktion im wesentlichen bestehen bleibt.

Werden mehrere bisher selbständige Betriebe vereinigt, so liegt nur dann eine Stillegung vor, wenn ihre bisherige Sachgesamtheit als Bedingung einer Produktion bestimmter Art aufgelöst und eine neue zusammengestellt wird, wenn also entweder ein kleinerer Betrieb einem größeren Betrieb eingegliedert wird oder wenn zwei Betriebe zu einem neuen Betrieb verschmolzen werden. Für den Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder ist die Frage, ob in diesem Fall eine Betriebsstillegung anzunehmen ist, jedoch ohne Bedeutung, da die Betriebsratsmitglieder ohnehin ihre Ämter verlieren und so wieder der Kündigung unterliegen. Denn wenn ein kleinerer Betrieb einem größeren eingegliedert wird, so erlöschen die Betriebsratsämter in dem eingegliederten Betrieb, da es keinen Betriebsrat für Teile eines Betriebes geben kann [2]. Aus dem gleichen Grund enden die Betriebsratsämter in beiden Betrieben, wenn aus zwei bisher selbständigen Betrieben ein neuer entsteht [3].

Wird der Betrieb stillgelegt, dann ist eine Kündigung frühestens zum Zeitpunkt der Stillegung zulässig, d. h. die Stillegung muß vollzogen sein. Nicht genügend ist, daß mit der Ausführung der Stillegung begonnen worden ist [4], da dann die Sachgesamtheit als Bedingung einer bestimmten Produktion noch besteht. Aus dem gleichen Grund ist bei einer Stillegung, die in Etappen erfolgt, die endgültige Stillegung maßgebend [5]. Eine vollzogene Stillegung kann auch dann vorliegen, wenn einzelne Arbeitnehmer noch mit Aufraumungsarbeiten oder solchen zur Erhaltung der Betriebseinrichtungen beschäftigt werden [6]. Die Betriebsratsmitglieder haben keinen Anspruch, mit Arbeiten der Betriebserhaltung oder Betriebsbewachung betraut zu werden, wenn diese Aufgaben nicht schon vorher zu ihrem Wirkungskreis gehörten [7], da sie keine ungerechtfertigte Bevorzugung erfahren sollen. Eine vollzogene Stillegung ist auch schon

---

1) Hueck , KSchG, § 13 Anm. 22; Maus, KSchG, § 13 Anm. 42; Dietz, BetrVerfG, § 72 Anm. 21 und 22
A. A. das RAG (in ARS 11, 224 und 2, 299), nach dessen Rechtsprechung eine Betriebsverlegung dann als eine Stillegung anzusehen ist, wenn die Verlegung an einen anderen Ort einen Wechsel des Erfüllungsortes für die Belegschaft darstellt.

2) Hueck-Nipperdey, Bd. II, S. 731; Dietz, BetrVerfG, § 22 Anm. 33

3) Hueck-Nipperdey a. a. O.

4) LAG Hamm in BB 1953, 292

5) Hueck, KSchG, § 13 Anm. 27

6) Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 14; LAG Hamm in BB 1953, 292

7) LAG Hamm in BB 1954, 747

dann anzunehmen, wenn einzelne Arbeitnehmer noch auf Vorrat, wenn auch in geringem Umfang arbeiten, sofern diese Vorratsarbeiten von schwer kündbaren Arbeitnehmern (Schwerbeschädigte, Lehrlinge) verrichtet werden und keine Umgehungsabsicht des Arbeitgebers vorliegt [1].

Aus der Fassung des § 13 Abs. 2 KSchG, daß die Kündigung frühestens zum Zeitpunkt der Stillegung zulässig ist, ergibt sich nicht, daß die Kündigung erst bei Stillegung erklärt werden darf. Vielmehr darf die Kündigung schon vorher ausgesprochen werden, ihre Wirksamkeit darf jedoch erst in diesem Zeitpunkt eintreten [2]. Die Kündigung wird nur dann wirksam, wenn die Stillegung auch vollzogen wird. Es handelt sich aber deswegen nicht um eine bedingte Kündigung, die unzulässig ist. Die Kündigung selbst wird bedingungslos ausgesprochen. Der Vollzug der Stillegung ist nur eine gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung [3], keine rechtsgeschäftliche Bedingung. Nur die Beifügung der letzteren macht eine Kündigung nichtig.

Zweifelhaft könnte sein, ob gemäß § 13 Abs. 2 KSchG nur eine außerordentliche Kündigung oder eine ordentliche Kündigung möglich ist, da die Fassung des § 13 Abs. 2 KSchG in dieser Hinsicht nicht ganz eindeutig ist. Nach § 13 Abs. 1 KSchG ist jede ordentliche Kündigung unzulässig; zulässig ist nur eine außerordentliche Kündigung, wenn ein Grund vorliegt, der nach dem Gesetz den Arbeitgeber zur fristlosen Entlassung berechtigt. Im § 13 Abs. 2 KSchG hat der Gesetzgeber diese Regelung nicht ausdrücklich durchbrochen, sondern sich nur dazu geäußert, zu welchem Zeitpunkt im Falle einer Stillegung des Betriebes eine Kündigung zulässig ist. Trotzdem stellt § 13 Abs. 2 KSchG nicht lediglich nur eine zeitliche Begrenzung der Kündigung dar, sondern regelt allgemein die Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes bei einer Betriebstillegung [4]. Denn eine spezielle Regelung war schon deswegen erforderlich, weil eine Betriebstillegung zwar immer ein zur außerordentlichen Kündigung berechtigender Grund ist, aber den Arbeitgeber nicht in jedem Fall zur fristlosen Entlassung berechtigt [5]. Wenn die Betriebsstillegung vorausgeplant war, kann der Arbeitgeber im allgemeinen nur eine außerordentliche Kündigung unter Wahrung angemessener Fristen ausspre-

---

1) RAG in ARS 14, 273, Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 14 und LAG Hamm in BB 1953, 292

2) Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 14; Hueck, KSchG, § 13 Anm. 27; Maus, KSchG, § 13 Anm. 49; Bührig-Wittholz-Paulsen, § 13 Anm. 12; Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 807; für das frühere Recht: RAG in ARS 15, 365

3) RAG in ARS 15, 365

4) Hueck, KSchG, § 13 Anm. 25; Maus, § 13 Anm. 48

5) Vergl. Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 626 Anm. 35 a. E.

chen, wobei regelmäßig die gesetzlichen Kündigungsfristen einzuhalten sind [1]. Bei einer unerwarteten Betriebsstillegung kommt auch eine fristlose Kündigung in Betracht [2]. Die Annahme, § 13 Abs. 2 KSchG lasse eine ordentliche Kündigung zu [3], ist jedoch verfehlt; denn eine an das Vorliegen eines Grundes gebundene Kündigung ist keine ordentliche Kündigung, sondern eine außerordentliche Kündigung.

Falls die Stillegung nicht zum vorgesehenen Zeitpunkt, sondern erst später vorgenommen wird, so fragt sich, ob damit die erklärte Kündigung unwirksam wird, so daß der Arbeitgeber nochmals zu einem neuen Stillegungstermin kündigen muß. Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu beachten, daß eine Betriebsstilllegung sich oft in Etappen vollzieht. Der Zeitpunkt der endgültigen Stillegung läßt sich häufig schwer genau vorausbestimmen. Bisweilen kann ein Arbeitnehmer nicht kurzfristig, sondern nur mit einer längeren Kündigungsfrist entlassen werden. Da der Ausspruch der Kündigung vor Vollzug der Stillegung zulässig ist und der Arbeitgeber jedenfalls zum endgültigen Stillegungstermin das Arbeitsverhältnis lösen will, so ist, falls der vorgesehene Stillegungstermin verschoben wird, gemäß § 140 BGB die ausgesprochene Kündigung in eine Kündigung zum endgültigen Stillegungstermin umzudeuten. Der Arbeitgeber braucht also nicht mehr erneut zu kündigen, muß das Betriebsratsmitglied jedoch bis zur endgültigen Stillegung beschäftigen. Die Kündigungserklärung wird durch die Verschiebung des Stillegungstermin also nicht hinfällig, sondern wirkt weiter [4].

Unter Umständen kann bei einer Betriebstillegung das Betriebsratsmitglied schon vor der endgültigen Stillegung entlassen werden, nämlich dann, wenn dies durch zwingende betriebliche Erfordernisse bedingt ist. Während in dem Regierungsentwurf eine vorzeitige Kündigung schon aus dringenden betrieblichen Erfordernissen vorgesehen war, hat der Bundestag das Wort "dringend" durch "zwingend" ersetzt. Dadurch sollte zum Ausdruck gebracht werden, daß für eine vorzeitige Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied sehr strenge Maßstäbe anzulegen sind. Gründe, die die Kündigung gegenüber einem anderen Arbeitnehmer nach § 1 KSchG ermöglichen, genügen dazu nicht. Nur wenn gerade das betreffende Betriebsratsmitglied nicht mehr beschäftigt werden kann, kann es vorzeitig entlassen werden [5]. Der Arbeitgeber muß zunächst prüfen, ob er nicht

---

1) Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 626 Anm. 35 a. E.
2) Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann a. a. O.
3) So Hueck, KSchG, § 13 Anm. 25; Maus, KSchG, § 13 Anm. 48
4) Maus, KSchG, § 13 Anm. 49, Fußnote 71; Monjau-Heimeier, KSchG, S. 101. Für das frühere Recht: Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, § 14 Anm. 30
5) Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 807; Hueck, KSchG, § 13 Anm. 27; Hueck-Nipperdey, Bd. I, S. 688; Maus, KSchG, § 13 Anm. 51

einen andern Arbeitnehmer entlassen und dessen Arbeit dem Betriebsratsmitglied übertragen kann [1]. Dies könnte als ein Verstoß gegen das in § 53 Abs. 2 BetrVerfG niedergelegte Verbot einer Bevorzugung der Betriebsratsmitglieder erscheinen. Jedoch hat der Gesetzgeber diese Bevorzugung der Betriebsratsmitglieder im Interesse einer Kontinuität des Betriebsrates gewollt und diesen Willen durch die Fassung "zwingende betriebliche Erfordernisse" zum Ausdruck gebracht. Eine vorzeitige Kündigung ist jedoch dann nicht gerechtfertigt, wenn die Weiterbeschäftigung den Arbeitgeber nicht übermäßig belastet [2]. Zur Prüfung der Frage, ob zwingende betriebliche Erfordernisse vorliegen, müssen alle Umstände des konkreten Falles herangezogen werden. Erfolgt die Stillegung aus Mangel an finanziellen Mitteln, z. B. im Konkurs, so kann ein Betriebsratsmitglied, das einen hohen Facharbeiter-Lohn bekommt, auch schon dann entlassen werden, wenn geringer besoldete Hilfsarbeiter noch vorübergehend weiterbeschäftigt werden [3].

b) Die Kündigung bei Stillegung einer Betriebsabteilung

Gemäß § 13 Abs. 3 KSchG ist die Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes auch dann zulässig, wenn nur die Betriebsabteilung, in der das betreffende Betriebsratsmitglied tätig ist, stillgelegt wird (sogenannte Teilstillegung), sofern eine Übernahme in eine andere Betriebsabteilung aus betrieblichen Gründen nicht möglich ist. Die Teilstillegung ist von einer bloßen Betriebseinschränkung zu unterscheiden. Eine Betriebseinschränkung liegt vor, wenn Betriebsanlagen in geringerem Umfang als bisher ausgenutzt werden [4]. Eine Teilstillegung erfordert dagegen die Auflösung einer innerhalb des Betriebes gebildeten Gesamtheit von Gegenständen als Bedingungen einer Teilproduktion bestimmter Art [5].

Im Gegensatz zur herrschenden Meinung zum Betriebsrätegesetz von 1920 genügt die Stillegung einer Betriebsabteilung heute gemäß § 13 Abs. 3 KSchG grundsätz-

---

1) Maus a. a. O.

2) LAG Hamm in BB 1953, 292; Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 14; Maus, KSchG, § 13 Anm. 51

3) Rohlfing, KSchG, § 13 Anm. 13

4) Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 651

5) Vergl. hierzu: Mertz in AR-Blattei, Stillegung und Einschränkung des Betriebes, B II 1;
Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 651;
Hueck, KSchG, § 13, Anm. 29. Eine Teilstillegung liegt z. B. vor, wenn eine Maschinenfabrik ihre Gießerei stillegt (Beispiel von Nikisch a. a. O.)

lich nicht mehr zur Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes. Der Arbeitgeber muß vielmehr grundsätzlich das Betriebsratsmitglied in eine andere Abteilung des Betriebes übernehmen. Nur wenn dies aus betrieblichen Gründen nicht möglich ist, ist eine Entlassung zulässig. Zweifelhaft ist es, wann betriebliche Gründe dies unmöglich machen. Möglich ist eine Übernahme des Betriebsratsmitgliedes in eine andere Abteilung, wenn dort ein freier Arbeitsplatz vorhanden ist oder ohne unzumutbare Aufwendungen geschaffen werden kann [1]. War der Arbeitgeber aus finanziellen Gründen gezwungen, die Betriebsabteilung stillzulegen, dann muß auch sein Interesse, die Existenz des übrigen Betriebes zu erhalten, mitberücksichtigt werden [2]. Betriebliche Gründe lassen eine Übernahme dann nicht zu, wenn in den anderen Abteilungen für das Betriebsratsmitglied nach seinen Leistungen und Fähigkeiten keine Arbeitsmöglichkeit besteht [3].

Sehr umstritten ist aber, ob der Arbeitgeber andere Arbeitnehmer entlassen muß, um eine Arbeitsmöglichkeit in einer anderen Abteilung für das Betriebsratsmitglied zu schaffen. Einige Schriftsteller bejahen grundsätzlich die Verpflichtung des Arbeitgebers, ein anderes Belegschaftsmitglied zu entlassen, um dessen Arbeitsplatz dem Betriebsratsmitglied zuzuteilen [4]. Nur dann, wenn ein solcher Austausch für den Arbeitgeber unzumutbar sei, z. B. wenn er einen besonders tüchtigen Facharbeiter entlassen müßte, der für den Betrieb schwer entbehrlich sei, entfalle diese Verpflichtung [5]. Ebenfalls brauche er keinem Schwerbeschädigten zu kündigen, um dessen Arbeitsplatz dem Betriebsratsmitglied zuzuweisen [6]. Diese Auslegung dehnt jedoch den Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder in einer unzulässigen, gegen das in § 53 Abs. 2 BetrVerfG enthaltene Gebot, Betriebsratsmitglieder nicht um ihres Amtes willen zu bevorzugen, verstoßenden Weise aus. Im Unterschied zu § 1 Abs. 2 KSchG, der eine Kündigung bei Vorliegen "dringender betrieblicher Erfordernisse" zuläßt, und zu § 13 Abs. 2 KSchG,

---

1) Rohlfing, KSchG, § 13 Anm. 15; Mertz in AR-Blattei, Stillegung und Einschränkung, D I 1 d

2) Rohlfing, KSchG, § 13 Anm. 16

3) Hueck, KSchG, § 13 Anm. 29; Rohlfing, KSchG, § 13 Anm. 16; Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 808

4) Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 16; Rohlfing, KSchG, § 13 Anm. 15 und 16; Hueck, KSchG, § 13 Anm. 29

5) Rohlfing, KSchG, § 13 Anm. 16; Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 16, der es auf eine Beeinträchtigung der Betriebsbelange abstellt.

6) Hueck, KSchG, § 13 Anm. 29; Mertz in AR-Blattei, Stillegung und Einschränkung, D I 1 b; LAG Bremen in AP 1953, Nr. 40 mit kritischer Anmerkung von Molitor

nach dem eine vorzeitige Kündigung bei einer Betriebsstillegung nur bei "zwingenden betrieblichen Erfordernissen" möglich ist, spricht § 13 Abs. 3 KSchG nur von "betrieblichen Gründen". Damit hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, daß an das Vorliegen "betrieblicher Gründe" keine allzu strengen Anforderungen angelegt werden dürfen. Die Gründe brauchen nicht zwingend, ja sogar nicht einmal dringend zu sein. Ein betrieblicher Grund liegt schon dann vor, wenn sachliche Umstände, die durch den Betrieb bedingt sind, einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen, ein betriebliches Erfordernis erst dann, wenn diese Umstände eine Weiterbeschäftigung unmöglich machen. Während nach der herrschenden Meinung zu § 14 AOG [1] der Arbeitgeber bei einer Teilstillegung nicht verpflichtet war, den Vertrauensmann in den Restbetrieb zu übernehmen, hat der Gesetzgeber nun eine solche Pflicht dem Arbeitgeber grundsätzlich auferlegt. Jedoch ist er nicht so weit gegangen, daß er dies in jedem Fall verlangte. Nur wenn eine solche Übernahme dem Arbeitgeber ohne Schwierigkeiten möglich ist, muß er das Betriebsratsmitglied in eine andere Abteilung übernehmen. Durch § 13 Abs. 3 KSchG sollte erreicht werden, daß der Arbeitgeber bei einer Teilstillegung zunächst einmal versucht, für die Betriebsratsmitglieder neue Arbeitsplätze zu schaffen, bevor er dies für die übrigen Arbeitnehmer tut. Als einen "betrieblichen Grund", der einer Übernahme entgegensteht, ist auch die Tatsache anzusehen, daß in einer anderen Abteilung kein freier Arbeitsplatz vorhanden ist, und ein solcher auch nicht ohne unzumutbare Aufwendungen geschaffen werden kann. In diesem Fall entfällt die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Übernahme; der Arbeitgeber braucht keinen anderen Arbeitnehmer zu entlassen, um eine Möglichkeit zu schaffen, das Betriebsratsmitglied in eine andere Abteilung übernehmen zu können [2].

3. Die Behandlung der Betriebsratsmitglieder bei einem Betriebsinhaberwechsel

Es ist zweifelhaft, ob die Betriebsratsmitglieder bei einem Wechsel des Betriebsinhabers ihren Kündigungsschutz verlieren.

Liegt eine Gesamtrechtsnachfolge vor, wie im Falle einer Erbschaft oder bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, dann tritt der Rechtsnachfolger kraft Gesetzes in die rechtlichen Beziehungen seines Rechtsvorgängers ein, zu

---

1) Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, § 14 Anm. 29; RAG in ARS 6, 417; 12, 397 und 14, 273

2) Maus, KSchG, § 13 Anm. 53; Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, 2. Auflage, S. 658 (einschränkend jedoch in der 3. Auflage, S. 808)

denen auch die Arbeitsverhältnisse der Belegschaft des erworbenen Betriebes gehören. Da also der neue Betriebsinhaber in diesem Fall in die Arbeitsverhältnisse eingetreten ist, muß er den Arbeitnehmern kündigen, wenn er sie nicht weiterbeschäftigen will. Sie unterliegen aber weiterhin den Kündigungsschutzvorschriften. Da die Betriebsratsmitglieder ihr Amt behalten, können sie folglich gemäß § 13 Abs. 1 KSchG nicht entlassen werden.

Sehr umstritten ist jedoch, ob die Betriebsratsmitglieder bei einer Veräußerung oder Verpachtung des Betriebes den Kündigungsschutz gemäß § 13 KSchG behalten. Im Kündigungsschutzgesetz ist die Frage, wie Betriebsratsmitglieder bei einer Betriebsnachfolge zu behandeln sind, nicht geregelt. Bei der Beantwortung der Frage, ob die bisherigen Betriebsratsmitglieder bei einer Betriebsnachfolge weiterhin Kündigungsschutz genießen, muß man davon ausgehen, daß das Betriebsratsamt zur Grundlage das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses hat, mit dessen Erlöschen auch das Betriebsratsamt endet. Betriebsratsmitglieder behalten dann ihren Kündigungsschutz, wenn das einzelne Betriebsratsmitglied als Arbeitnehmer von dem neuen Betriebsinhaber übernommen wird und wenn trotz Wechsels des Betriebsinhabers die Identität des Betriebes gewahrt bleibt, der Betriebsrat also die Grundlage seiner Existenz nicht verliert. Die Frage, ob und wie bei einer Betriebsnachfolge die Arbeitsverhältnisse auf den neuen Betriebsinhaber übergehen, ist in der Rechtsprechung und in der Literatur umstritten. Zu ihr soll jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht Stellung genommen werden, da es für die Frage des Kündigungsschutzes der Betriebsratsmitglieder nur auf die tatsächliche Übernahme ankommt. Es ist heute anerkannt, daß bei einer Betriebsnachfolge zumindest dann, wenn Veräußerer, Erwerber und Arbeitnehmer eine entsprechende Vereinbarung treffen, die Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber übergehen [1]. Führt also der neue Betriebsinhaber den Betrieb im wesentlichen mit der alten Belegschaft fort, dann behalten auch die Betriebsratsmitglieder ihre Betriebsratsämter und damit auch ihren Kündigungsschutz, andernfalls erlöschen mit der Übernahme des Betriebes die Ämter der Betriebsratsmitglieder und folglich endet auch deren Kündigungsschutz gemäß § 13 KSchG.

1) Larenz, Schuldrecht, Bd. I, S. 370 f. mit Nachweisen

5. KAPITEL
Die Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Kündigung

Die Unwirksamkeit einer ordentlichen Kündigung kann von dem Betriebsratsmitglied geltend gemacht werden, ohne daß er an die Frist des § 3 S. 1 KSchG gebunden ist, da eine ordentliche Kündigung wegen Verstoßes gegen § 13 Abs. 1 KSchG gemäß § 134 BGB nichtig ist und daher keinerlei Rechtswirkung erzeugen kann [1]. Aber auch bei einem Obsiegen im Kündigungsprozeß kann das Betriebsratsmitglied die Weiterbeschäftigung beim alten Arbeitgeber gemäß § 14 KSchG verweigern, falls es inzwischen ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen ist.

In Literatur und Rechtsprechung ist jedoch die Frage umstritten, ob auf die außerordentliche Kündigung von Betriebsratsmitgliedern § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG Anwendung findet. § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG bestimmt, daß die Rechtsunwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung nur nach Maßgabe des § 3 S. 1 KSchG und der §§ 4 - 6 KSchG geltend gemacht werden kann. Es fragt sich, ob auch das Betriebsratsmitglied, das fristlos entlassen wurde, innerhalb von 3 Wochen das Fehlen des wichtigen Grundes durch eine Feststellungsklage gemäß § 3 KSchG geltend machen muß.

Der Bundesarbeitsminister hat zu dieser Frage in einem Schreiben vom 18. 8. 1951 an das Arbeitsministerium von Württemberg-Baden [2] Stellung genommen. Nach Ansicht des Bundesarbeitsministers gilt § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG dann nicht, wenn die Kündigung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. In diesem Falle könne der Arbeitnehmer die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung gemäß § 11 Abs. 4 KSchG auch nach Ablauf der Dreiwochenfrist geltend machen. Daher könne man das Betriebsratsmitglied bei einer außerordentlichen Kündigung nicht an die Dreiwochenfrist binden. Auf alle Fälle, in denen eine Kündigung gegen ein gesetzliches Verbot verstoße, müsse § 11 Abs. 4 KSchG Anwendung finden. Mache das Betriebsratsmitglied geltend, daß die Voraussetzungen des § 13 KSchG für eine Kündigung nicht gegeben waren, dann handele es sich ebenfalls um die Frage, ob die Kündigung gegen ein gesetzliches Verbot verstoße, da ge-

---

1) Hueck, KSchG, § 13 Anm. 12 und in BB 1952, 467; Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 19; Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 807; Küchenhoff in RA 1955, 257; Bertermann in BlStR 1953, 285; Trieschmann in RdA 1956, 261 und in BB 1954, 874; Gross in AuR 1953, 364; Hunn in AuR 1954, 265 und 387; LAG Hamm in AP 1952, Nr. 201 und 1954, Nr. 1; LAG Tübingen in BB 1952, 746; BAG 3, 341. Abweichend: Güntner in AR-Blattei, Kündigungsschutzgesetz, III unter E, V; in RdA 1954, 135, in AuR 1954, 194 und in NJW 1955, 571

2) BArbBl. 1951, 377

mäß § 13 KSchG die Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes unzulässig sei, wenn die in § 13 KSchG genannten Erfordernisse nicht vorlägen. Eine solche Kündigung verstoße also gegen ein gesetzliches Verbot und sei daher gemäß § 134 BGB nichtig. Auf solche Kündigungen sei der erste Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes nicht anzuwenden. Das Betriebsratsmitglied könne vielmehr die Kündigung im Wege der Leistungs- oder Feststellungsklage angreifen, ohne an die Frist des § 3 KSchG gebunden zu sein.

Diese Ansicht ist aber für die Gerichte nicht bindend, wie auch der Bundesarbeitsminister selbst ausdrücklich betont. Sie hat das Aufkommen eines Streites hierüber nicht verhindern können. Der Ansicht des Bundesarbeitsministers haben sich Herschel-Steinmann [1], Herschel [2], Auffarth-Müller [3], Bührig-Wittholz-Paulsen [4], Hunn [5], Trieschmann [6] und das Landesarbeitsgericht Düsseldorf [7] angeschlossen. Dagegen wird die Auffassung des Bundesarbeitsministers von Hueck [8], Monjau-Heimeier [9], Erdmann [10], Molitor [11], Güntner [12], Bertermann [13], Gross [14], Nikisch [15], Butz [16] sowie den Landesarbeitsgerichten Tübingen [17], Hamm [18], Stuttgart [19] und dem Bundesarbeitsgericht [20] abgelehnt. Nach dieser Meinung gilt § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG

---

1) Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 19
2) Herschel in Anm. zu LAG Tübingen, AP 1953, Nr. 137
3) Auffarth-Müller, KSchG, § 13 Anm. 27
4) Bührig-Wittholz-Paulsen, KSchG, § 13 Anm. 14
5) Hunn in RdA 1954, 386 und RdA 1954, 264
6) Trieschmann, BArbBl. 1954, 373, in BB 1954, 875 und in RdA 1956, 263
7) LAG Düsseldorf in SAE 1954, Nr. 11 und BB 1953, 322 und 769
8) Hueck, KSchG, § 13 Anm. 31 und in BB 1952, 467
9) Monjau-Heimeier, KSchG, § 14 Anm. 1
10) Erdmann, KSchG, § 13 S. 65
11) Molitor in Anm. zu AP 1953, Nr. 93
12) Güntner in AR-Blattei, Kündigungsschutz III, prozessuale Probleme (E IV) und in RdA 1954, 131
13) Bertermann, BlStR 1953, 286
14) Gross, AuR 1953, 367 f.
15) Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 807
16) Butz in BB 1954, 29 und Anm. zu SAE 1954, Nr. 11
17) LAG Tübingen in BB 1952, 746, in AP 1953, Nr. 137 und in ARSt. X, Ziff. 66
18) LAG Hamm in BB 1952, 83 und 1953, 145 und 679, BB 1952, 372 und 718, in AP 1953, Nr. 93
19) LAG Stuttgart in ARSt. X, Nr. 467
20) BAG in NJW 1958, 1557

auch für Betriebsratsmitglieder, die fristlos entlassen wurden. Auch sie müßten innerhalb von drei Wochen die Feststellungsklage gemäß § 3 KSchG erheben. Unterlassen sie das, so würde eine außerordentliche Kündigung wirksam, auch wenn der wichtige Grund fehle.

Zunächst kann man an der Anwendbarkeit des § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG, der auf § 3 KSchG verweist, hier deswegen Zweifel haben, weil § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG im ersten Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes steht, während der Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder im zweiten Abschnitt des Gesetzes geregelt ist.

Eine in der Literatur und Rechtsprechung weitverbreitete Meinung [1] geht jedoch dahin, daß § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG nicht eine Norm des Kündigungsschutzrechts, sondern eine Vorschrift des allgemeinen Kündigungsrechts sei, die nicht nur für solche Arbeitnehmer gelte, die gegen sozialwidrige Kündigungen gemäß § 1 KSchG geschützt sind. Der Geltungsbereich des § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG würde nur durch die §§ 12 und 21 KSchG eingeschränkt [2], dagegen nicht durch § 1 KSchG, da § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG nicht auf § 1 KSchG verweise. § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG passe systematisch nicht in das Kündigungsschutzgesetz, da er keine speziellen Kündigungsschutzzwecke verfolge. Nach der Begründung des Regierungsentwurfes sollten in Übereinstimmung mit den Wünschen der Sozialpartner die Regelung allgemeiner Fragen des Kündigungsrechts einem späteren Gesetz vorbehalten bleiben. Eine Ausnahme sei jedoch für § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG gemacht worden [3]. Dies habe seinen Grund in dem Bestreben, die Rechtseinheit im Kündigungsrecht zu wahren und das "Beschleunigungsprinzip" im Arbeitsrecht zu verwirklichen.

Es sollten bald klare Rechtsverhältnisse geschaffen werden [4]. Es sei erforderlich,

---

1) Hueck, KSchG, § 11 Anm. 5 und § 13 Anm. 37, in BB 1952, 468 und Anm. zu AP Nr. 5 zu § 11 KSchG; Maus, KSchG, § 11 Anm. 20; Molitor in Anm. zu AP 1953, Nr. 93; Walter in Anm. zu SAE 1952, Nr. 55; Görner in Betrieb 1954, 348; LAG Düsseldorf in SAE 1952, Nr. 55, in BB 1953, 502 und 592; LAG Tübingen in BB 1952, 746; LAG Hamm in AP 1953, Nr. 93; LAG Mannheim in BB 1952, 748; LAG Stuttgart in BB 1954, 29

2) Die noch weiter gehende Ansicht von Güntner (RdA 1954, 131) und vom LAG Stuttgart (BB 1954, 29), nach der auch leitende Angestellte und Arbeitnehmer in Kleinbetrieben bei einem Widerspruch gegen eine außerordentliche Kündigung den Beschränkungen des § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG unterliegen, steht im offenen Widerspruch zum Gesetz (Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 796)

3) Hueck, KSchG, Einl. III 1; Butz in BB 1954, 30

4) LAG Baden in ARSt. IX, Ziff. 191

gewesen, die außerordentliche Kündigung der sozialwidrigen Kündigung anzupassen [1]. Nur aus Zweckmäßigkeitsgründen sei § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG in das Kündigungsgesetz aufgenommen worden.

Aus der Entstehungsgeschichte des Kündigungsschutzgesetzes ergibt sich, daß der Gesetzgeber nicht die Absicht hatte, in das Kündigungschutzgesetz eine Bestimmung des allgemeinen Kündigungsrechts zu bringen. Nach der Regierungsbegründung sollten in Übereinstimmung mit den Wünschen der Sozialpartner Fragen des allgemeinen Kündigungsrechts erst in einem späteren Gesetz geregelt werden. Es ist nicht ersichtlich, daß der Gesetzgeber für § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG eine Ausnahme machen wollte [2].

Auch das Argument, es sei sachlich gerechtfertigt, § 11 Abs. 1 KSchG auf alle Arbeitnehmer anzuwenden, vermag nicht zu begründen, daß § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG eine Vorschrift des allgemeinen Kündigungsrechts sein soll. § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG ist ohnehin nicht auf alle Arbeitnehmer anwendbar. Leitende Angestellte und Arbeitnehmer in Kleinbetrieben werden ausdrücklich (§§12 und 21 Abs. 1 Satz 2 KSchG) von der Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes, also auch von der des § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG ausgenommen. Da also sowieso einige Gruppen von Arbeitnehmern nicht die Ausschlußfrist des § 3 KSchG einhalten müssen, ist nicht einzusehen, weshalb es unbedingt erforderlich sein soll, daß Arbeitnehmer, die nicht gegen eine sozialwidrige Kündigung geschützt sind, die Klage innerhalb von 3 Wochen erheben müssen. Von einer umfassenden Regelung kann man also nicht sprechen [3]. Der Gesetzgeber wollte nur solchen Arbeitnehmern die Pflicht auferlegen, die Unwirksamkeit einer Kündigung innerhalb einer bestimmten Frist geltend zu machen, die auch die Vorzüge des Kündigungsschutzes genießen. Es entsprach dem Zweck des Kündigungsschutzgesetzes, die freie Kündigungsmöglichkeit des Arbeitgebers einzuschränken, dafür aber als Ausgleich den Arbeitnehmer zu zwingen, innerhalb einer bestimmten Frist Klage gegen eine erfolgte Kündigung zu erheben, damit der Arbeitgeber bald Klarheit darüber erlangt, ob er mit einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers rechnen muß.

Auch die Tatsache, daß § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG nicht auf § 1 KSchG verweist, vermag nicht die Gegenansicht zu rechtfertigen. Wendet man § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG auf Arbeitnehmer an, die nicht den Schutz des § 1 KSchG genießen, dann muß man folgerichtig auch § 11 Abs. 1 Satz 3 KSchG anwenden, der dem Arbeitnehmer das Recht gibt, eine Abfindung zu verlangen, wenn ihm die Fort-

---

1) Butz a. a. O.

2) BAG in AP Nr. 5 zu § 11 KSchG

3) BAG a. a. O.

setzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist. Dies entspricht jedoch nicht dem Sinn des Gesetzes, der nur solche Arbeitnehmer gemäß § 1 KSchG schützen wollte, die älter als 20 Jahre sind und länger als 6 Monate in dem Betrieb beschäftigt sind [1]. Sonst würden auf diesem Wege praktisch auch diejenigen Arbeitnehmer in das Kündigungsschutzgesetz aufgenommen, die der Gesetzgeber ausdrücklich nicht einbeziehen wollte [2]. Das muß umsomehr gelten, als auch den übrigen Arbeitnehmern ohnehin unter Umständen Schadensersatzansprüche über die §§ 628 Abs. 2 BGB, 70 Abs. 2 HGB zustehen können.

§ 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG ist also keine Norm des allgemeinen Kündigungsrechts, sondern nur eine Vorschrift des Kündigungsschutzrechts, die nicht für solche Arbeitnehmer gilt, die nicht unter das Kündigungsschutzgesetz fallen [3].

Man könnte jedoch auch die Meinung vertreten, daß § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG zwar keine Norm des allgemeinen Kündigungsrechts sei, aber eine solche des Kündigungsschutzrechtes, die auch für Betriebsratsmitglieder gelten müsse, da deren Kündigungsschutz auch im Kündigungsschutzgesetz geregelt ist. Von den oben angeführten Argumenten, die gegen eine allgemeine Geltung des § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG sprechen, entfallen hier die Erwägung, daß der Gesetzgeber keine Fragen des allgemeinen Kündigungsrechts im Kündigungsschutzgesetz regeln wollte, sowie der Grund, daß es unbillig wäre, auch solchen Arbeitnehmern, die nicht den Schutz des Kündigungsschutzgesetzes genießen, die nachteiligen Auswirkungen dieses Gesetzes in Kauf nehmen zu lassen.

Gegen eine Anwendung des § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG auf Betriebsratsmitglieder bei einer außerordentlichen Kündigung wird angeführt, daß § 11 Abs. 4 KSchG für Kündigungen, die aus anderen als aus denen in § 1 Abs. 2 und 3 KSchG genannten Gründen rechtsunwirksam seien, die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes ausschließe. Die Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied sei aber gemäß § 13 KSchG unzulässig und somit nach § 134 BGB nichtig. Dies gelte nicht nur für die ordentliche Kündigung, sondern auch für die außerordentliche

---

1) BAG in AP Nr. 5 zu § 11 KSchG

2) Herschel in BB 1953, 60

3) Herschel-Steinmann, KSchG, § 11 Anm. 2a und § 13 Anm. 19; Herschel in AP 1953 Nr. 238 S. 417 und in BB 1953, 60; Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 796 und in Betrieb 1953, 672; Rohlfing, KSchG, § 11 Anm. I; Kaufmann in Betrieb 1953, Beil. 15, S. 43; Schöbel in Anm. zu SAE 1954, Nr. 24; Heimeier, Anm. zu AP 1953, Nr. 190; BAG in AP Nr. 5 zu § 11 KSchG; LAG Düsseldorf in Betrieb 1953, 212, in BB 1953, 322 und 769, in BB 1954, 598; LAG Frankfurt in BB 1954, 29; LAG Kiel in AP 1953, Nr. 269; LAG Mannheim in BB 1954, 195

Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied, sofern der wichtige Grund zur fristlosen Entlassung fehle. Denn § 11 Abs. 4 KSchG mache keinen Unterschied zwischen einer ordentlichen und einer außerordentlichen Kündigung [1]. Es treffe nicht zu, daß eine außerordentliche Kündigung grundsätzlich zulässig sei. Aus § 13 Abs. 1 KSchG könne man dies nicht folgern. Eine außerordentliche Kündigung sei nur dann zulässig, wenn ein Grund vorliege, der den Arbeitgeber zur fristlosen Entlassung nach dem Gesetz berechtige. Liege kein solcher Grund vor, so sei eine außerordentliche Kündigung ebenso wie eine ordentliche Kündigung unzulässig und gemäß § 134 BGB nichtig. Denn jede Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied sei gemäß § 13 KSchG unzulässig und nach § 134 BGB nichtig, sofern nicht die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung gegeben seien. Aus § 13 KSchG sei hinsichtlich der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer Kündigung ebensowenig wie aus § 11 Abs. 4 KSchG ein Unterschied zu entnehmen. Die fristlose Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied sei nur dann zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliege, d. h. wenn sie begründet sei. Die Berechtigung zur fristlosen Kündigung sei also identisch mit der Frage der Zulässigkeit [2]. Berufe sich ein Betriebsratsmitglied darauf, daß der Kündigung der wichtige Grund im Sinne des § 13 KSchG ermangele, so mache er damit geltend, daß die Kündigung aus einem anderen Grund als aus § 1 KSchG nichtig sei. Sei jedoch die Kündigung aus einem anderen als aus den im § 1 KSchG bezeichneten Gründen nichtig, so komme nicht § 11 Abs. 1 Satz 2, sondern § 11 Abs. 4 KSchG zur Anwendung, der den ersten Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes und damit auch die Vorschrift des § 3 KSchG, die die Geltendmachung der Nichtigkeit der Kündigung innerhalb von 3 Wochen vorschreibe, für nicht anwendbar erkläre [3]. Der Kündigungsschutz von Betriebsratsmitgliedern sei ausschließlich im 2. Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes, also in den §§ 13 und 14 KSchG, geregelt, der aber nur auf die in sonstigen Gesetzen angeführten Gründe zur fristlosen Entlassung, dagegen nicht auf das Recht der außerordentlichen Kündigung schlechthin, also auch nicht auf § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG verweise [4]. Auch aus § 14 KSchG sei diese Ansicht zu folgern, da diese Vorschrift auf die §§ 9 und 10 Satz 2 - 4 KSchG, dagegen nicht aber auf § 3 KSchG verweise [5]. § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG regele nur das Verhältnis der sozialungerechtfertigten

---

1) Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 19; Herschel Anm. zu AP 1953, Nr. 137; Trieschmann in BB 1954, 874

2) Trieschmann, BB 1954, 875; Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 19

3) Herschel-Steinmann, KSchG, § 13 Anm. 19; Herschel in Anm. zu AP 1953, Nr. 137; Trieschmann in BB 1954, 875; LAG Düsseldorf in BB 1953, 767

4) Herschel in Anm. zu AP 1953, Nr. 137; Trieschmann in BB 1954, 875

5) Trieschmann a. a. O.; Hunn in RdA 1954, 387 und in AuR 1954, 264

zu der aus anderen Gründen unwirksamen Kündigung, so daß nur dann § 11 Abs. 1 Satz 2 angewandt werden dürfe, wenn eine Konkurrenz mit § 1 KSchG vorliege. Einem Betriebsratsmitglied dürfe gemäß § 13 KSchG nicht ordentlich gekündigt werden. Da also die ordentliche Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes ausgeschlossen sei, stelle sich nicht die Frage, ob eine Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied auch sozialungerechtfertigt sei. Es könne folglich nicht geprüft werden, ob die Kündigung sozialwidrig im Sinne von § 1 KSchG sei, so daß auch kein Konkurrenzproblem entstehe. Infolgedessen könne § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG nicht zur Anwendung kommen [1].

Gegen eine Anwendung des § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG auf Betriebsratsmitglieder spreche auch, daß dann Betriebsratsmitglieder auch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter Zuerkennung einer Abfindung verlangen könnten. Das Betriebsratsmitglied werde aber nicht um seiner Person willen, sondern wegen seines Amtes besonders geschützt. Der Arbeitsplatz solle ihm gesichert werden, damit er sein Amt ungestört ausüben könne. Mit diesem Zweck wäre es nicht vereinbar, wenn das Betriebsratsmitglied seinen Arbeitsplatz und sein Betriebsratsamt gegen eine Abfindung preisgäbe [2].

Weiterhin spreche für die Ansicht, daß § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG bei einer Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied aus wichtigem Grund nicht angewandt werden dürfe, die Tatsache, daß Betriebsratsmitglieder bei einer ordentlichen Kündigung nicht die Dreiwochenfrist einhalten müßten [3]. Müßte das Betriebsratsmitglied gegen eine ordentliche Kündigung und gegen eine außerordentliche Kündigung in verschiedener Weise vorgehen, so würde dies eine unnötige Komplizierung bedeuten, die sich gerade im Arbeitsrecht schädlich auswirken würde, das möglichst leicht verständlich sein müsse. Auch dem § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG läge deshalb der Gedanke zugrunde, die Geltendmachung der Kündigungsschutzklage bei einer ordentlichen und einer außerordentlichen Kündigung in gleicher Weise zu regeln [4]. Würde man ordentliche und außerordentliche Kündigung hinsichtlich der Ausschlußfrist des § 3 KSchG verschieden behandeln, so bedeute dies, daß für die Frage, ob die Ausschlußfrist anzuwenden sei, nicht die Kündigungsschutzklage des Betriebsratsmitgliedes, sondern ein etwaiger Einwand des Arbeitgebers maßgebend sei. Erkläre der entlassene Arbeitnehmer, er sei Betriebsratsmitglied und ihm sei gekündigt worden, so brauche er eine solche

---

1) Trieschmann in RdA 1956, 263

2) Trieschmann in BB 1954, 875; Erdmann, KSchG, Anm. zu § 13; Herschel in Anm. zu AP 1953, Nr. 137

3) Herschel-Steinmann, KSchG, § 11 Anm. 6; Herschel in Anm. zu AP 1953 Nr. 137; Trieschmann in BB 1954, 875

4) Herschel-Steinmann, KSchG, § 11 Anm. 6

Klage nicht innerhalb von drei Wochen zu erheben. Denn man könne ihr nicht ansehen, daß es sich um eine außerordentliche Kündigung handele. Da gemäß § 13 KSchG die Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes grundsätzlich unzulässig sei, so sei eine solche Klage schlüssig. Das Betriebsratsmitglied brauche weder in dem Klageantrag noch in der Klagebegründung zu erwähnen, daß es sich um eine außerordentliche Kündigung handele. Es obliege vielmehr dem Arbeitgeber, seinerseits vorzutragen, daß hier der Ausnahmefall vorliege, in dem nach § 13 KSchG die Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes möglich sei, nämlich daß es sich um eine außerordentliche Kündigung handele, zu der er infolge eines "wichtigen Grundes" berechtigt sei. Wende man § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG auf eine außerordentliche Kündigung an, so würde der Arbeitgeber durch das Vorbringen dieses Einwandes erreichen, daß die Klage, die bisher möglich war, nun bei Ablauf der Dreiwochenfrist unzulässig sei. Dies wäre ein unerfreuliches Ergebnis [1].

Die Auffassung, daß § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG bei einer außerordentlichen Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied nicht anwendbar sei, überzeugt nicht.

Es trifft nicht zu, daß jede Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und daher gemäß § 134 BGB nichtig ist, wenn kein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung gegeben ist. Die Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied verstößt dann nicht gegen ein gesetzliches Verbot, wenn eine fristlose Kündigung ausgesprochen wird. Dies gilt auch dann, wenn die Voraussetzungen für eine fristlose Entlassung gemäß § 13 KSchG nicht vorliegen. In diesem Fall kann man nicht von einem zur Nichtigkeit der Kündigung führenden Verstoß gegen das Gesetz sprechen [2], vielmehr fehlt lediglich der die Rechtswirksamkeit begründende Tatbestand. Nach § 13 KSchG ist nur eine ordentliche Kündigung unzulässig, d. h. gesetzlich verboten und folglich gemäß § 134 BGB nichtig. Dagegen macht § 13 KSchG von dem Kündigungsverbot gegenüber einem Betriebsratsmitglied bei einer außerordentlichen Kündigung eine Ausnahme. Im Gegensatz zur ordentlichen Kündigung ist eine außerordentliche Kündigung zulässig [3]. Eine außerordentliche Kündigung verstößt deshalb auch dann nicht gegen das gesetzliche Verbot des § 13 KSchG, wenn ein wichtiger Grund fehlt [4].

---

1) Herschel in Anm. zu AP 1953, Nr. 137

2) Hueck in BB 1952, 468; LAG Tübingen in AP 1953, Nr. 137; BAG in NJW 1958, 1557

3) Hueck, KSchG, § 13 Anm. 31 und in BB 1952, 468; LAG Tübingen in AP 1953, Nr. 137; LAG Düsseldorf in SAE 1952, Nr. 55; BAG in NJW 1958, 1557

4) Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 807

Auch aus der Stellung des § 13 KSchG im 2. Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes ergibt sich nicht, daß § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG bei einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund keine Anwendung findet. § 13 KSchG befaßt sich nur mit dem Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder gegenüber einer ordentlichen Kündigung. Betriebsratsmitglieder werden nicht nur wie die übrigen Arbeitnehmer vor sozialwidrigen Kündigungen, sondern vor jeder ordentlichen Kündigung schlechthin geschützt. § 13 KSchG hat jedoch keine Sonderregelung für den Fall getroffen, daß einem Betriebsratsmitglied außerordentlich aus einem wichtigen Grund gekündigt wird [1]. Schon der Wortlaut des § 13 Abs. 1 Halbsatz 2 KSchG spricht dafür, daß es bei der außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund gegenüber Betriebsratsmitgliedern bei der allgemeinen gesetzlichen Regelung des 1. Abschnittes des Kündigungsschutzgesetzes und damit auch bei der Regelung des § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG verbleiben soll [2], während für die Auffassung, daß § 11 Abs. 1 KSchG nur dann zur Anwendung kommen könne, wenn eine Konkurrenz mit § 1 KSchG vorliege, kein Anhalt im Gesetz gegeben ist.

Die hier vertretene Ansicht ist auch allein sachgerecht. Denn es ist angemessen und zweckmäßig, § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG auch auf Betriebsratsmitglieder anzuwenden. Es besteht kein Unterschied zwischen dem Kündigungsstreit eines Betriebsratsmitgliedes, in dem das Betriebsratsmitglied bestreitet, daß ein wichtiger Grund vorliegt, und dem Rechtsstreit eines anderen Arbeitnehmers über die Frage, ob ein wichtiger Grund gegeben ist [3]. Bei einem Betriebsratsmitglied ist das Bedürfnis nach einer raschen Klärung der Frage, ob die Kündigung gültig ist oder nicht, genau so dringend wie bei einem anderen Arbeitnehmer. Im Hinblick auf das Amt als Betriebsratsmitglied ist eine baldige Klarstellung der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung sogar noch notwendiger, da festgestellt werden muß, wer zum Betriebsrat gehört. Sonst könnte unter Umständen lange Zeit hindurch zweifelhaft sein, ob das Betriebsratsmitglied zu Recht entlassen wurde und somit nicht mehr zum Betriebsrat gehört. Auch kann man von einem Betriebsratsmitglied noch eher als von einem anderen Arbeitnehmer erwarten, daß es seine Rechte rechtzeitig geltend macht [4]. Es ist zwar richtig, daß das Kündigungsschutzgesetz keine allgemeine Geltung beansprucht. Das Kündigungsschutzgesetz hat ausdrücklich einige Arbeitnehmergruppen von dem Kündigungsschutz ausge-

---

1) BAG in NJW 1958, 1557

2) BAG in NJW 1958, 1557

3) BAG in NJW 1958, 1557; Molitor in Anm. zu AP 1953, Nr. 93

4) BAG a. a. O.; Hueck, KSchG, § 13 Anm. 31 und in BB 1952, 468; Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 807; Gross in AuR 1953, 368; Walter in Anm. zu SAE 1952, Nr. 55

nommen. Auch auf Arbeitnehmer, die noch nicht sechs Monate im Betrieb beschäftigt sind oder noch nicht zwanzig Jahre alt sind, findet die Dreiwochenfrist des § 3 KSchG keine Anwendung. Diese Arbeitnehmer sind also nicht gehalten, die Unwirksamkeit einer Kündigung innerhalb von drei Wochen geltend zu machen, auch wenn es an sich zweckmäßig sein würde, wenn alle Arbeitnehmer nur innerhalb einer bestimmten Frist die Unwirksamkeit einer Kündigung geltend machen könnten. Aber da Betriebsratsmitglieder einen im Kündigungsschutz geregelten Kündigungsschutz genießen, ist es auch angemessen, daß sie nur innerhalb der Dreiwochenfrist nach § 3 KSchG die Unwirksamkeit einer Kündigung geltend machen können.

Andererseits erscheint es auch gerechtfertigt, daß auch das Betriebsratsmitglied gemäß den § 11 Abs. 1 Satz 3, §§ 7 - 10 KSchG die Auflösung des Arbeitsverhältnisses und Zahlung einer Abfindung verlangen kann, wenn das Gericht festgestellt hat, daß dieses durch die Kündigung nicht beendet wurde, dem Betriebsratsmitglied die Fortsetzung aber nicht zuzumuten ist. Wegen seines Ehrenamtes darf man das Betriebsratsmitglied nicht schlechter stellen als die anderen Arbeitnehmer, sondern muß auch ihm, wenn ein gedeihliches Zusammenarbeiten unmöglich geworden ist, eine Entschädigung zubilligen. Verneint man die Anwendung von § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG auf Betriebsratsmitglieder, so hat dieses keinen Anspruch auf eine Abfindung. Dies wäre nicht im Sinne des Gesetzes, das den Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder stärker als den der übrigen Arbeitnehmer gestaltet hat [1]. Das hiergegen erhobene Bedenken, das Betriebsratsmitglied könne dann seine Arbeitsstelle und damit auch sein Betriebsratsamt gegen eine Abfindung preisgeben, ist nicht stichhaltig. Denn das Betriebsratsmitglied könnte auch sonst sich mit dem Arbeitgeber verständigen und gegen Zahlung einer entsprechenden Abfindung aus dem Betrieb ausscheiden [2]. Ein Grund, die Betriebsratsmitglieder insoweit anders zu behandeln, ist also nicht gegeben.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG auch bei einer außerordentlichen Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied Anwendung findet. Auch Betriebsratsmitglieder sind daher gehalten, innerhalb einer Frist von 3 Wochen die Unwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung geltend zu machen.

---

1) BAG in NJW 1958, 1557; Nikisch, Lehrbuch, Bd. I, S. 807; Gross in AuR 1953, 368

2) BAG in NJW 1958, 1557

ANHANG

Die vorliegende Untersuchung war bereits abgeschlossen, als das Gesetz zur Änderung des Kündigungsrechts und anderer arbeitsrechtlicher Vorschriften (Erstes Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz) am 14. 8. 1969 verkündet wurde [1]. Die durch dieses Gesetz eingetretenen Änderungen sind also nicht berücksichtigt.

Das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz brachte neben einigen Verbesserungen des Allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz eine Neuregelung des gesetzlichen Kündigungsrechtes von Arbeitsverhältnissen. Bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes befanden sich die Bestimmungen über das Recht der ordentlichen und außerordentlichen Kündigung von Arbeitsverhältnissen in verschiedenen Gesetzen (Bürgerliches Gesetzbuch, Handelsgesetzbuch, Gewerbeordnung, Allgemeines Berggesetz für die preußischen Staaten, Binnenschiffahrtsgesetz, Seemannsordnung und Vorläufige Landarbeiterordnung) [2]. Sie enthielten unterschiedliche Kündigungsfristen und Kündigungsvoraussetzungen. Nunmehr ist in das Bürgerliche Gesetzbuch eine einheitliche Regelung des Rechts der ordentlichen und außerordentlichen Kündigung von Arbeitsverhältnissen aufgenommen worden. Während das Arbeitsverhältnis im Bürgerlichen Gesetzbuch bisher lediglich als ein - nicht speziell geregelter - Unterfall des Dienstverhältnisses angesehen wurde und die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Dienstvertrag (§§ 611 ff.) dementsprechend auf Arbeitsverhältnisse anzuwenden waren, soweit nicht in anderen Gesetzen, wie z. B. im Handelsgesetzbuch, der Gewerbeordnung usw., besondere Regelungen für bestimmte Arbeitnehmergruppen enthalten waren, wird jetzt im Bürgerlichen Gesetzbuch zwischen "Arbeitsverhältnissen" und sonstigen Dienstverhältnissen, die keine Arbeitsverhältnisse sind, unterschieden. Die Bestimmungen für die ordentliche Kündigung von Dienstverhältnissen, die keine Arbeitsverhältnisse sind, sind in § 621 BGB n. F., die für die ordentliche Kündigung von Arbeitsverhältnissen in § 622 BGB n. F. enthalten. Das Recht der außerordentlichen Kündigung von Dienstverhältnissen aller Art, also sowohl von Arbeitsverhältnissen als auch von selbständigen Dienstverhältnissen ist in § 626 BGB n. F. einheitlich geregelt. Nach § 626 Abs. 1 BGB n. F. kann ein Dienstverhältnis von jedem Vertragspartner ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein wichtiger Grund ist nach § 626 Abs. 1 BGB n. F. dann gegeben, "wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund deren dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbar-

1) BGBl. I, S. 1106

2) Siehe hierzu auch Seite 36 f.

ten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann".

Die Bestimmungen für den Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder finden sich jetzt in den §§ 15, 16 KSchG, die den §§ 13, 14 KSchG a. F. entsprechen. Eine Änderung der Fassung ist nur für den bisherigen § 13 Abs. 1 KSchG (jetzt: § 15 Abs. 1 KSchG) vorgenommen worden. An Stelle der alten Fassung: "es sei denn, daß ein Grund vorliegt, der den Arbeitgeber nach dem Gesetz zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt", heißt es nunmehr "es sei dann, daß ein wichtiger Grund vorliegt, der den Arbeitgeber nach § 626 BGB zur Kündigung berechtigt". Diese Änderung ergab sich aus der Neuregelung des Rechts der außerordentlichen Kündigung, durch die die bisher in verschiedenen Gesetzen befindlichen Vorschriften in § 626 BGB n. F. zusammengefaßt worden sind. Im übrigen stimmt die Fassung der §§ 15, 16 KSchG n. F. mit der der §§ 13, 14 KSchG a. F. wörtlich überein.

Durch die Neuregelung des außerordentlichen Kündigungsrechts ist die Streitfrage, ob Betriebsratsmitglieder, sofern sie gewerbliche Arbeiter oder Bergarbeiter sind, aus jedem wichtigen Grund fristlos entlassen werden können, entfallen, da auch die Arbeitsverhältnisse von gewerblichen Arbeitern und Bergarbeitern nunmehr aus jedem wichtigen Grund fristlos gekündigt werden können.

LEBENSLAUF

Am 17. März 1932 wurde ich in Fulda als Sohn des Schriftleiters Dr. Karl Austermann und seiner Ehefrau Anni geb. Kramer geboren. Ich besuchte vier Jahre die Volksschule und anschließend neun Jahre das humanistische Domgymnasium in Fulda. Nachdem ich Ostern 1952 das Zeugnis der Reife erhalten hatte, studierte ich an der Philipps-Universität in Marburg (Lahn) und an der Goethe-Universität in Frankfurt (Main) Rechtswissenschaft. Am 16. August 1956 legte ich vor dem Juristischen Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Frankfurt (Main) die erste rechtswissenschaftliche Staatsprüfung ab. Den dreieinhalbjährigen juristischen Vorbereitungsdienst leistete ich im Bezirk des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main). Die große juristische Staatsprüfung bestand ich am 23. 12. 1960 vor dem Hessischen Juristischen Landesprüfungsamt. Seit dem 1. April 1961 stehe ich im Dienst der Deutschen Bundesbahn. Ich wurde am 1. April 1964 zum Bundesbahnrat ernannt und am 1. 8. 1968 zum Bundesbahnoberrat befördert.